# BETRIEBLICHE HERKUNFTSTÄUSCHUNG UND ERGÄNZENDER WETTBEWERBSRECHTLICHER SCHUTZ NACH § 1 U W G

INAUGURAL – DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard - Karls - Universität zu Tübingen

vorgelegt von
REINHARD WEIS
aus Stuttgart

1981

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548919_0014

# BETRIEBLICHE HERKUNFTSTÄUSCHUNG UND ERGÄNZENDER WETTBEWERBSRECHTLICHER SCHUTZ NACH § 1 U W G

INAUGURAL – DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard - Karls - Universität zu Tübingen

vorgelegt von
REINHARD WEIS
aus Stuttgart

1981

# G L I E D E R U N G


| | | Seite |
|---|---|---|
| 1. | Teil I: Ergänzender Schutz | 1 |
| 1.1. | Einleitung | 1 |
| 1.2. | Nachahmungsfreiheit - Sonderrechtsschutz | 5 |
| 1.2.1. | Nachahmungsfreiheit | 5 |
| 1.2.2. | Kennzeichnungsschutz | 6 |
| 1.2.3. | Gewerblicher Rechtsschutz | 7 |
| 1.3. | Lückenergänzende Funktion der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel | 8 |
| 1.4. | Ergänzender Schutz | 10 |
| 1.4.1. | Rechtsprechung: Besondere Umstände | 10 |
| 1.4.2. | Abgrenzung des Problembereichs der geographischen Herkunftsangaben | 11 |
| 1.4.3. | Ausschluß eines Kennzeichnungsschutzes | 14 |
| 1.4.4. | Eigenständigkeit des wettbewerbsrechtlichen Schutzes | 16 |
| 1.4.4.1. | Schutzzweck | 16 |
| 1.4.4.1.1. | Wettbewerblicher Besitzstand | 18 |
| 1.4.4.2. | Schutzgrund | 22 |
| 1.4.4.3. | Schutzbereich: Wettbewerbsverhältnis - Warengleichartigkeit | 24 |
| 1.4.4.4. | Relativer Schutz - Absolute Schutzwirkung | 27 |
| 1.5. | Fragestellung | 29 |

Seite

2. Teil II: Fallgruppe der Herkunftstäuschung 31

2.1. Wettbewerbliche Eigenart 31

2.2. Verkehrsbekanntheit 35

2.3. Verwechslungsgefahr 42

2.4. Zumutbarkeit abweichender Gestaltung 47

2.4.1. Gefahr der Monopolisierung 49

2.4.2. Monopolisierungsgefahr als Ergebnis einer wirtschaftlichen Entscheidung 52

2.5. Subjektives Erfordernis 57

3. Teil III: Eigene Stellungnahme 61

3.1. Kritik: Die pflichtenbegründende Funktion über Interessenabwägung, insbesondere die Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit 61

3.1.1. Vorbemerkung 61

3.1.2. Entwicklung der Allgemeininteressen 64

3.1.3. Allgemeinheit - Maßgeblicher Personenkreis 66

3.1.4. Konkretisierung der Allgemeininteressen 68

3.1.4.1. Die Berücksichtigung volks- und betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte 69

3.1.4.2. Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Erwägungen 71

Zusammenfassung 86

3.1.4.3. Interesse der Allgemeinheit an der Lauterkeit 88

3.1.4.4. Allgemeininteresse am Verbot der Irreführung 95

3.1.4.5. Zusammenfassung 98

Seite

3.1.5. Funktion der Allgemeininteressen bei der Aktualisierung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel 100

3.2. Normbildungstechnik 104

3.2.1. Ausgangspunkt 104
3.2.2. Wertung aus dem System 104
3.2.2.1. Natur der Sache 107
3.2.3. Metadogmatische Maßstäbe 110
3.2.4. Wesen des Wettbewerbs 112
3.2.4.1. Wettbewerbsbezug 112
3.2.4.2. Leistungswettbewerb 114
Zusammenfassung 121

3.3. Neuordnung 123

3.3.1. Folgerungen aus der Überprüfung der Allgemeininteressen 123
3.3.2. Fallgruppe der Herkunftstäuschung 123
3.3.3. Fallgruppe der Rufausbeutung durch Warenverwechslung 125
3.3.4. Rufausbeutung ohne Warenverwechslung 129

4. Teil IV: Überprüfung des Kennzeichnungsschutzes auf übereinstimmende Strukturen mit der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Fallgruppe der Herkunftstäuschung 130

4.1. Schutzgrund 130
4.1.1. Immaterialgüterrecht 130
4.1.2. Persönlichkeitsrechtlicher oder vermögensrechtlicher Gehalt 131
4.1.3. Die wettbewerbliche Funktion der Kennzeichnungsrechte 134
4.1.4. Zwischenergebnis 138

Seite

4.2. Schutzvoraussetzungen 139

4.2.1. Unternehmens- und Warenbezeichnung 139

4.2.2. Kennzeichnungsträger - Kennzeichnungswirkung 141

4.2.3. Kennzeichnungsfunktionen 147

4.2.3.1. Funktionen der Warenkennzeichnung 147

4.2.3.2. Funktionen der Geschäftskennzeichnung 149

4.2.4. Verwechslungsgefahr 152

4.2.5. Die Bedeutung der Verkehrsgeltung für den Schutzbeginn der Kennzeichnungsrechte 153

4.2.5.1. Entwicklungsbegünstigung - Schutz einer aktuellen Wettbewerbslage 154

4.2.5.2. Höhe der Verkehrsgeltung 157

4.2.5.3. Einfluß des Freihaltebedürfnisses 161

Zusammenfassung 164

4.3. Zwischenergebnis 165

5. Teil V: Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz 171

5.1. Vorbemerkung 171

5.2. Verkehrsgeltung 172

Zusammenfassung 174

5.3. Wesen der Ware 175

Zusammenfassung 180

5.3.1. Versagung ausstattungsrechtlichen Schutzes 181

5.3.2. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung wesensbestimmender Merkmale 183

5.3.3. Eigene Stellungnahme 185

Zusammenfassung 196

Seite

5.4. Sonderbeurteilung der Werbemittel 197
Zusammenfassung 201

5.5. Sonderbeurteilung der Kennzeichen 202
Zusammenfassung 206

6. Zusammenfassung der Arbeit 207

# L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S


ALEXANDER - KATZ, Günther

Der Nachbau unpatentierter Maschinen, JR 26, Sp. 373 ff

ALTHAMMER, Werner

WZG, Komm. 1979, 2.A.,

ARNDT, Helmut

Macht, Konkurrenz und Demokratie, in: Konzentration ohne Kontrolle, 2.A., 1970, Hrsg. von Dieter Grosser

BAUMBACH-HEFERMEHL

Warenzeichenrecht, Kommentar 11.A., 1979
Wettbewerbsrecht, Kommentar 13.A., 1981

BATHOLOMEYCZIK, Horst

Unlauterer, relvanter und potentieller Wettbewerb, in: Wirtschaftsfragen der Gegenwart, Festschrift für Carl Hans Barz zum 65. Geburtstag, 1974, S.431 ff, zit.: FS/Barz

BAUMANN, Hans

Die Übernahme fremder Leistung im Wettbewerb, WRP 75, 693 ff

BAUR, Jürgen

Die Verkehrsgeltung, Diss., Tübingen, 1963

ders., Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", ZHR 134 (1974), S. 97 ff

BEZZENBERGER, Gerold

Der Begriff der Ausstattung nach § 25 WZG, Diss. Heidelberg, 1955

BÜLOW, Peter

Der psychologische Kaufzwang, GRUR 74, 254 ff

BURMANN, Hans Franz

Die wettbewerbswidrige Nachahmung fremder Werbung, DB 64, 575 ff

ders., Strukturwandel des Werbe- und Wettbewerbsrechts, WRP 67, 71 ff

ders., Marktbezogene Unlauterkeit als eigenständiger Tatbestand, WRP 67, 385 ff

ders., Wettbewerbsrecht und gewerblicher Rechtsschutz - Die Entwicklung vom Persönlichkeitsrecht zum Funktionsrecht, WRP 68, 258 ff

ders., Das Ausbeuten des guten Rufs fremder Waren - Anlehnen an fremde Waren und Warengestaltungen, WRP 71, 6 ff

ders., Zum Problem der Sittenwidrigkeit im Wettbewerb, WRP 72, 511 ff

BUSSE Rudolf

Warenzeichengesetz, Kommentar, 5. Aufl., 1976

CALLMANN, Rudolf

Der Situs des Goodwill, GRUR 68, 520 ff

CANARIS, Klaus-Wilhelm

Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 1969
zit.: Systemdenken

DIETZE, Ernst

Bedeutung und Rechtsschutz der Geschäftsabzeichen,
MA 57, 322 ff

DROSTE, Helmut

Die Verwirkung von Unterlassungsansprüchen im Warenzeichenrecht,
GRUR 50, 560 ff

EICHMANN, Helmut

Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis, 1969

ELSTER, Alexander

Urheber-, Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 1928

ENGISCH, Karl

Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit,
in: Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, 1968
zit.: Konkretisierung

ENGLERT, Brigitte

Schutz von Modenneuheiten
in: Gewerblicher Rechtsschutz - Urheberrecht - Wirtschaftsrecht, Mitarbeiterfestschrift zum 70.Geburtstag von Eugen Ulmer, 1973, S. 297 ff,
zit.: FS/Ulmer

ESSER, Josef

Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht,
JZ 53, 521 ff

ders., Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung.
Schriften der Evangelischen Akademie in Hessen und Nassau, Heft 68, 1966
zit.: Werte und Wertewandel

ders., Methodik des Privatrechts,
in: Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, 11. Lieferung: "Methoden der Rechtswissenschaft Teil I", 1972
zit.: Methodik des Privatrechts

ders., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972

ders., Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl., 1974
zit.: Grundsatz und Norm

EYERN, Gert von

Grundriß der politischen Wirtschaftslehre, 2. Aufl., 1972

FIKENTSCHER, Wolfgang

Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, 1958
zit.: Wettbewerb

GAMM, Otto Friedrich, Freiherr von

Warenzeichenrecht, Kommentar, 1965

ders., Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 1968

ders., Schutz der Werbeidee und ihrer Ausdrucksformen, WRP 70, 125 ff

ders., Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz,
in: 10 Jahre Bundespatentgericht, Festschrift, 1971
zit.: FS/BPatG

GAST, Wolfgang

Der Schutz der besonderen Geschäftsbezeichnung und des Geschäftsabzeichens,
Diss. Erlangen - Nürnberg, 1968

GIERSCH, Herbert

Allgemeine Wirtschaftspolitik
Bd.1: Grundlagen, 1960
Bd.2: Konjunktur- und Wachstumspolitik in der offenen Wirtschaft, 1977

GODIN, Hans, Freiher von

Über den Verstoß gegen die wettbewerbsrechtlichen Guten Sitten,
GRUR 66, 127 ff

ders., Wettbewerbsrecht,
Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nebst Warenzeichenverletzungen, ZugabeVO, Rabattgesetz, 2. Aufl., 1974

GOERGENS, Egon

Wettbewerb und Wirtschaftswachstum, 1969

HARMSEN, Heinz

Der Besitzstand im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht in seinen verschiedenen Erscheinungsformen und Anforderungen an den Bekanntheitsgrad,
GRUR 68, 503 ff

HASS, Peter

Gedanken zur sklavischen Nachahmung,
GRUR 79, 361 ff

HEDEMANN, Justus Wilhelm

Die Flucht in die Generalklauseln, 1933

HEFERMEHL, Wolfgang

Der namensrechtliche Schutz geschäftlicher Kennzeichen,
in: Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht.
Festschrift für Alfred Hueck zum 70.Geburtstag, 1959
zit.: FS/Hueck

ders., Wettbewerbsrecht
in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd.12, S.49 ff
zit.: Hdwb.d.Soz.Wiss., Bd.12

HENKEL, Heinrich
Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964

HERDZINA, Klaus
Wettbewerbstheorie, 1975

HEYDT, Ludwig
Grenzen der Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 51, 182 ff

HOTH, Jürgen
Übertriebenes Anlocken GRUR 74, 547 ff

HUBMANN, Heinrich
Gewerblicher Rechtsschutz, Studienbuch, 3.Aufl., 1974 zit.: Hubmann, GR

ders., Die sklavische Nachahmung, GRUR 75, 230 ff

JUNGBÄCK, Manfred
Die vergleichende Werbung als Problem der Wettbewerbsordnung, 1970

KANTZENBACH, Erhard
Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs 2.Aufl., 1967

KATZENBERGER, Paul
Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb, 1967

KLAKA, Rainer
Zur Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz GRUR 70, 265 ff

KNOEPFLE, Robert
Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, 1966

KOHLER, Josef

Warenzeichenrecht
Zugleich 2.Aufl. des Rechts des Markenschutzes mit Berücksichtigung ausländischer Gesetzgebung (1884), 1910

KRAFT, Alfons

Interessenabwägung und Gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963
zit.: Interessenabwägung

ders., Die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer und gesellschaftspolitischer Belange im Rahmen des § 1 UWG
in: Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht. Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag, 1973
zit.: FS/Bartholomeyczik

LARENZ, Karl

Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung
in: Festschrift für Arthur Nikisch, 1958, S. 275 ff
zit.: FS/Nikisch

ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.Aufl., 1975
zit.: Methodenlehre

LEHMANN, Michael

Wirtschaftspolitische Kriterien in § 1 UWG
in: Gewerblicher Rechtsschutz - Urheberrecht - Wirtschaftsrecht. Mitarbeiterfestschrift zum 70.Geburtstag von Eugen Ulmer, 1973, S.321 ff
zit.: FS/Ulmer

ders., Ist der unbestellte Vertreterbesuch gemäß § 1 UWG sittenwidrig?
GRUR 74, 133 ff

ders., Kostenlose Anzeigeblätter und unlauterer Wettbewerb,
GRUR 77, 21 ff

ders., Wettbewerbsrecht, Strukturpolitik und Mittelstandsschutz,
GRUR 77, 580 ff, 633 ff

LOBE, Adolf

Die Entwicklung des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts,
GRUR 31, 1215 ff

LUCHTERHANDT, Hans-Friedrich

Die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der unmittelbaren Ausnutzung fremder Leistung,
GRUR 69, 581 ff

MAYER - MALY, Theo

Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit.
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 103, 1971

MAX Dietrich Hubert

Sittenverstoß bei Ausnutzung geschützter gewerblicher Leistungen,
Diss. Göttingen, 1975

MAYER, Otto

Die concurrence déloyale,
ZHR 26 (1881), S. 363 ff

MEYER - CORDING, Ulrich

Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechts,
JZ 64, 273 ff

MITTELSTAEDT,

Der unlautere Wettbewerb im Zeichenrecht,
GRUR 27, 137 ff

MÖHRING, Philipp

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der sklavischen Nachahmung.
Zur Rechtsprechung des österreichischen Obersten Bundesgerichtshofs.
in: Festschrift für Hermann Hämmerle, 1972, S.231 ff
zit.: FS/Hämmerle

MÖSCHEL, Wernhard

Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz.
Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen.
Bd.50, 1978
zit.: Pressekonzentration

MOSER, Richard von

Der Ausstattungsbegriff des Reichsgerichts, GRUR 30, 1163 ff

MUNZINGER, Helmut

Die subjektive Grundlage des Gleichartigkeitsbegriffes, GRUR 64, 186 ff

NASTELSKY, Karl

Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, GRUR 69, 322 ff

NAWIASKY, Hans

Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2.Aufl., 1948

NIPPERDEY, Hans Karl

Wettbewerb und Existenzvernichtung, 1930

NOELLE - NEUMANN / SCHRAMM

Höhe der Verkehrsgeltung, GRUR 66, 70 ff

NOLTING - HAUFF, W.

Ist die Benutzung fremder Gedanken und die Nachahmung fremder Arbeitsergebnisse unlauterer Wettbewerb? MuW 1929, 430 ff

NORDEMANN, Wilhelm

Der verständige Durchschnittsgewerbetreibende, GRUR 75, 625 ff

OHM, Hans

Definition des Leistungswettbewerbs und ihre Verwendungsfähigkeit für die praktische Wirtschaftspolitik in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik (Schr.d.V.f.Soz.Pol.), 1960, N.F. Bd. 18, S.239 ff

OSTEN, Horst von der

Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht und ihre Feststellung im Prozeß, 1960, teilw. zugleich Diss. München

OSTERRIETH, Albert

Lehrbuch des Gewerblichen Rechtsschutz, 1908

OTT, Klaus

Systemwandel im Wettbewerbsrecht - Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Dogmatik.
in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, 1974, S.403 ff
zit.: FS/Raiser

PLUTA, Jörg

Ausstattungsschutz und Freihaltebedürfnis bei Warengestaltungen.
in: Gewerblicher Rechtsschutz - Urheberrecht - Wirtschaftsrecht.
Mitarbeiterfestschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Ulmer, 1973, S. 257 ff

PRAHL, Klaus

Patentschutz und Wettbewerb, 1969

RADBRUCH, Gustav

Die Natur der Sache als juristische Denkform.
in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Rudolf Laun, 1947, S.157 ff
zit.: FS/Laun, S.157 ff

RAISER, Ludwig

Vertragsfreiheit heute,
JZ 58, 1 ff

ders., Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht.
in: summum ius summa iniuria - Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben.
Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.9, 1963, S.145 ff
zit.: Rechtsschutz und Institutionenschutz

ders., Marktbezogene Unlauterkeit,
GRUR Int. 73, S.443 ff

REIMER, Dietrich

Einige Bemerkungen zum Leistungsschutz des § 1 UWG.
in: Festschrift für Senatspräsident W.Wendel, 1969, S.98 ff
zit.: FS/Wendel

REIMER, Eduard

Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
Kommentar, 4. Aufl.,
Bd.1: Warenzeichen und Ausstattung, 1966
Heydt, Ludwig (37. - 38.K.)
Richter, Bruno (7.- 12.K., 35. - 36.K.)
Trüstedt, Wilhelm (1. - 6.K., 13. - 34.K.)
Bd.2: Wettbewerbsrecht, 1972
bearbeitet von v.Gamm
Bd.3: Das wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht, 1971
bearbeitet von Pastor

RINCK, Gerd

Gute Sitten im Wettbewerb
in: Göttinger Festschrift zum 250-jährigen Bestehen des OLG Celle, 1961
zit.: FS/OLG Celle

RÖPER, Burkhardt

Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs.
Schriften des Vereins für Sozialpolitik
(Schr.d.V.f.Soz.Pol.), 1960, N.F. 18, S.261 ff

RÖPKE, Wilhelm

Wettbewerb: Ideengeschichte und ordnungspolitische Stellung.
in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. Bd. 12, S.29 ff
zit.: Hdwb.d.Soz.Wiss., Bd.12

ROSENTHAL, Alfred

Das Anwendungsgebiet des § 1 UWG, insbesondere hinsichtlich des Warenzeichenrechts,
GRUR 10, 172 ff

SACK, Rolf

Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung,
GRUR 70, 493 ff

ders., § 1 UWG und Wirtschaftspolitik,
WRP 74, 247 ff

ders., Vorspannangebote,
WRP 75, 64 ff

SAMWER, Sigmar-Jürgen
Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht,
GRUR 69, 326 ff

SCHILLER, Karl
Wirtschaftspolitik.
in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften,
Bd.12, S.210 ff
zit.: Hdwb.d.Soz.Wiss., Bd.12

SCHIRMER, Horst
Schutzvoraussetzungen der Warenausstattung.
Diss. Köln, 1961

SCHLUEP, Walter, R.
Vom lauteren zum freien Wettbewerb,
GRUR Int. 73, 446 ff

SCHOLZ, Rupert
Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand,
ZHR 132 (1969), S.97 ff

SCHRAMM, C.
Grundlagenforschung auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts,
1954
zit.: Grundlagenforschung

ders., Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Nachahmungen,
WuW 56, 199 ff

ders., vgl. Noelle - Neumann / Schramm

SCHRICKER, Gerhard
Schutz des Allgemeininteresses im Markenrecht und Koexistenz verwechselbarer Marken verschiedener Inhaber,
GRUR 67, 634 ff

ders., Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, zuerst Münchener Habilitationsschrift

SCHRICKER, Gerhard

Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR Int. 70, 32 ff

ders., Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 74, 579 ff

ders., Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und des funktionsfähigen Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs, ZHR 139 (1975), S.208 ff

SCHRÖTER, Klaus Alfred

Zur unlauteren Annäherung an fremde Kennzeichen, WRP 68, 125 ff

SCHWAMBERGER, Wolfgang

Die Grenzen des Verwirkungseinwandes und der Einrede aus Vertrag im Wettbewerbsrecht, NJW 58, 1469 ff

SCHWARTZ, Gustav

Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 67, 333 ff

SELIGSOHN, Arnold

Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnung, 3. Aufl., 1925

SIMITIS, Konstantin

Gute Sitten und ordre public, Diss. Marburg, 1960

SOERGEL - SIEBERT

Kommentar zum BGB, 10. Aufl., 1967, Bd.2, bearbeitet von Siebert - Knopp

SPENGLER, Albert

Das Vorbenutzungsrecht bei Warenkennzeichnungen, GRUR 53, 160 ff

STEINDORFF, Ernst

Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht.
Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht,
Heft 10, 1959
zit.: Zweckmäßigkeit

ders., Die Guten Sitten als Freiheitsbeschränkung.
in: summum ius summa iniuria - Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben
Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd.9, 1963, S.58 ff

STOLL, Heinrich

"Vertragsfreiheit", Art. 152 der Reichsverfassung.
in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. III, 1930
hrsg. von Carl Nipperdey

STORKEBAUM-KRAFT,

WZG, Komm., 1967

STRATENWERTH, Günter

Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache".
Recht und Staat, Heft 204, 1957
zit.: Natur der Sache

TETZNER, Heinrich

Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Farben und Werbemethoden,
WRP 56, 93 ff

ders., Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb.
Kommentar, 2.Aufl., 1957

ders., Warenzeichengesetz, Kommentar, 1958

ders., Sklavische Nachahmung und § 1 UWG,
JR 65, 6 ff

TEUBNER, Gunther

Standards und Direktiven in Generalklauseln,
Diss. Tübingen, 1970
zit.: Generalklauseln

TILMANN,

Die geographische Herkunftsangabe,
1976

TOPITZSCH, Ernst

Logik der Sozialwissenschaften,
1965

TRAUB, Fritz

Der Schutz von Werbeslogans im gewerblichen Rechtsschutz,
GRUR 73, 186 ff

TROLLER, Alois

Immaterialgüterrecht, 2.Aufl.
Bd. I (1968), Bd. II (1971)

ULMER, Eugen

Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung,
1929

ders., Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft,
Bd. III: Deutschland,
bearbeitet von Reimer, Dietrich
zit.: Ulmer - Reimer

ULMER, Peter

Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB- und UWG-Tatbeständen,
GRUR 77, 565 ff

VIERHEILIG, Wilfried

Sittenwidrige Annäherung an fremde Kennzeichen,
GRUR 77, 704 ff

ders., Grenzen der Maßgeblichkeit der Verkehrsauffassung im Warenzeichenrecht.
Schriften d.Inst.f.Arbeits- und WirtschaftsR. a.d.Univ.Köln, Bd.36, 1977

VOGT, Alfons

Kopierte Reklame,
MA 66, 559 ff

VOGT, Alfons

Bedeutungsgehalt und Funktion der Guten Sitten im Wettbewerbsrecht, NJW 76, 729 ff

WALZ, Wolfgang Rainer

Der Schutzinhalt des Patentrechts im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1973

WEISCHEDEL, Wilhelm

Recht und Ethik.
Zur Anwendung ethischer Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe
Heft 19, 1956
zit.: Recht und Ethik

WENZEL, Karl Egbert

Wesen und Begriff der Warenausstattung.
Diss. Köln, 1957

WEX, Ernst Theodor

Die Bedeutung der Generalklausel (§ 1) des Wettbewerbsgesetzes für das Warenzeichenrecht,
Diss. Köln, 1932

WIEACKER, Franz

Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft.
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe
Heft 3, 1953
zit.: Sozialmodell

ders., Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB.
Recht und Staat, Heft 193/194, 1956
zit.: Präzisierung

ders., Gesetz und Richterkunst.
Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung. Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 34, 1958,
zit.: Gesetz und Richterkunst

WIETHÖLTER, Rudolf

Rechtswissenschaft, 1968

WILDE, Günther

Technische Gestaltungen im Ausstattungs- und Wettbewerbsrecht.
in: Neue Entwicklungen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht.
Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 65.Geburtstag, 1971, S.223 ff

WIRTH, R.

Warenzeichenrecht und Gute Sitten,
GRUR 10, 319 ff

WITTHÜSER, Herbert

Der wettbewerbliche Schutz des Warenzeichens,
Diss. Köln, 1933

WÜRDINGER, Hans

Freiheit der persönlichen Entfaltung.
Kartell- und Wettbewerbsrecht.
Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe
Heft 8, 1953

ZITELMANN, Ernst

Die Kunst der Gesetzgebung, 1904

# BETRIEBLICHE HERKUNFTSTÄUSCHUNG UND ERGÄNZENDER WETTBEWERBSRECHTLICHER SCHUTZ NACH § 1 UWG

## 1. Teil I ERGÄNZENDER SCHUTZ

### 1.1. EINLEITUNG

Wettbewerb wird erfaßt als wechselseitiger Prozeß initiativer und reaktiver Maßnahmen des zum temporären Monopol tendierenden Vorstoßes des Initiators und der zum nivellierenden Wettbewerb tendierenden Reaktion des Imitators.[1)]

Unterstellt man Gewinnmaximierung und Ausbau von Käuferpräferenzen als aggressive und die Absicherung erreichter Ergebnisse aus Angst vor Verlust als defensive unternehmerische Ziele [2)], dann gewinnt der Wettbewerbsvorsprung als die Zeit zwischen Initivative und Reaktion, in der der Initiator eine monopolartige Stellung mit der Möglichkeit zu kommerzieller Verwertung seiner (Markt-) Leistung hat, entscheidende Bedeutung. Ein Wettbewerber wird initiativ tätig werden, wenn nach seiner Planung die verfügbare reaktionsfreie Zeit entsprechend oder länger der notwendigen Zeit ist. Notwendig ist die Zeit bis zur Zweckerreichung der Wettbewerbsmaßnahme [3)] sei es Gewinn, Kompensation der Gestehungskosten, Verlustminderung oder ähnliches.

---

1) vgl. etwa Kantzenbach Seite 32 ff; Prahl Seite 27 m.w.Hinw.; Knöpfle, Wettbewerb Seite 166 ff; Baur, ZHR 134, Seite 103/4

2) vgl. etwa Kantzenbach Seite 33, 39; Prahl Seite 30/1

3) Prahl Seite 32: positives Ergebnis für den Wettbewerb

Neben der Möglichkeit der Passivität, d.h. der Nichtreaktion und der Entwicklung eigener von der Initiative unabhängiger Wettbewerbsmaßnahmen, steht für den Mitbewerber als reaktive Maßnahme insbesondere die Anpassung durch Imitation im Vordergrund. Zunehmender Zeit- und Kostenaufwand für Forschung, Entwicklung und Fertigung erhöhen das wirtschaftliche Risiko eines Unternehmens und drängen zunehmend zur Übernahme der fremden Leistung, deren Markterfolg bereits durch entsprechende Nachfrage verbürgt ist. Umgekehrt macht der erfolgreiche Marktteilnehmer aus diesen Gründen ein seiner Ansicht nach berechtigtes Schutzbedürfnis geltend.

Eine beispielhafte Anführung des Vorbringens solcher Initiatoren in neueren Gerichtsverfahren macht dies deutlich:
In der Modeschmuckanhänger-Entscheidung[1)] waren diese Artikel in ihrer besonderen Gestaltung 2 Jahre lang auf dem Markt echte "Renner" und haben zu einer starken Umsatzsteigerung des Initiators geführt. Die identische Nachbildung dieser Modeschmuckanhänger durch einen Konkurrenten, dazuhin mit einer Preisunterbietung beeinträchtigte erheblich diese Marktposition.

In der Polsterstühle-Entscheidung[2)] trug das initiatorische Unternehmen vor, ein außerordentlich erfolgreiches Modell hergestellt und vertrieben zu haben; mit der Behauptung, mit diesem Stuhlmodell einen Modetrend eingeleitet und auf Grund der darin verkörperten überdurchschnittlichen Gesamtgestaltung auch

---

1) BGH WRP 78, 885 ff = GRUR 79, 119 ff

2) OLG Düsseldorf WRP 78, 216 ff

einen überdurchschnittlichen Verkaufserfolg erzielt zu haben, wurde beantragt, der Konkurrentin die Herstellung und den Vertrieb von Stühlen zu verbieten, die wegen der den Gesamteindruck des Stuhls des Initiators bestimmenden Gestaltungsmerkmale mit diesem verwechslungsfähig sind.

In der Merkmalklötze-Entscheidung[1] machte der Initiator eine großangelegte Entwicklung, Werbung und Verbreitung eines mathematischen Lernsystems (sogenannte "moderne Mathematik") für Schulen geltend. Nach Jahren unternehmerischer Anstrengung sei diese "moderne Mathematik" in allen Bundesländern in die amtlichen Lehrpläne aufgenommen worden, so daß für das von ihm hergestellte und vertriebene Unterrichtsmaterial, bestehend aus einem Schulbuch, dazugehörenden Arbeitsblättern als Hilfsmittel und den sogenannten Merkmalklötzen als Übungsmaterial ein erheblicher Bedarf entstanden ist. Das Schulbuch war in diesem Falle bereits urheberrechtlich geschützt, für die Bezeichnung der Merkmalklötze als "logische Blöcke" war bereits Schutz nach § 1 WZG vorhanden. Der Initiator erstrebte Schutz gegen die Nachahmung dieser Merkmalklötze, die seiner Ansicht nach so in den Verbund des gesamten Lehrsystems eingefügt waren, daß sich der bestehende Schutz auf diese Hilfsmittel auswirken müsse.
In der Saxophon-Entscheidung[2] trug der Initiator vor, unter ganz erheblichem Kostenaufwand eine Entwicklung betrieben zu haben, die ihren Erfolg darin ausweist, daß seinen Musikinstrumenten ein besonders guter Ruf vorausgeht mit einer entsprechenden Nachfrage.

---

1) BGH WRP 76, 308 ff

2) BGH GRUR 66, 617 ff

In der Trainingsanzug-Entscheidung[1] begehrte der Initiator Ausdehnung des Schutzes, wie er bereits seit Jahren als Ausstattungsschutz für seine unter der Bezeichnung "adidas" geführten Sportschuhe mit den drei Streifen bestand, nunmehr auf die von ihm ebenfalls mit drei Streifen versehenen Trainingsanzüge, wobei einer demoskopischen Meinungsumfrage zu Folge 45 % der Befragten erklärt hatten, daß sie den von dem Initiator (unter dem Namen "adidas-3-Streifen-Trainingsanzug") auf den Markt gebrachten Trainingsanzug an den 3 kontrastfarbigen Streifen erkennen und diese 3 Kontraststreifen "als Hinweis auf die Herkunft aus dem Betrieb des Initiators auffassen".
Der Hummel-Figuren-Entscheidung[2] lag der Sachverhalt zu Grunde, daß beide Parteien eine umfangreiche Kollektion von Kinderfiguren aus Keramik herstellten und seit Jahrzehnten im In- und Ausland vertrieben. Mit der Klage sollte dem Konkurrenten, die nach Ansicht des Initiators identische Gestaltung der Kinderfiguren untersagt werden.

Das Rechtsschutzbegehren der klagenden Unternehmen zielt in tatsächlicher Hinsicht auf die Absicherung einer Marktposition, die mit einem erfolgreichen Produkt erreicht wurde und dessen Alleinherstellung und Alleinvertrieb durch das Verbot der Nachahmung gesichert werden soll.

---

1) BGH GRUR 72, 546

2) Hummel III - BGH GRUR 70, 250 ff.

## 1.2. Nachahmungsfreiheit - Sonderrechtsschutz

Das Bestreben der konkurrierenden Unternehmen, dieses erfolgreiche Marktprodukt in die eigene Angebotspalette zu übernehmen, wird unterstützt durch den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit, der seine legislatorische Grenze in den Regelungen des gewerblichen Sonderrechtsschutzes und Kennzeichnungsrechts findet.

### 1.2.1. Nachahmungsfreiheit

Die Nachahmungsfreiheit, die auch die Freiheit zur wettbewerblichen Betätigung und die Gewerbefreiheit umfaßt, folgt aus der grundgesetzlichen Handlungsfreiheit. Da initiatorische Leistung auf dem Erbe der Vergangenheit aufbaut, ist die Nachahmungsfreiheit Voraussetzung einer möglichen Fortentwicklung.[1)] Es gibt deshalb keinen allgemeingültigen Satz, daß man fremde Arbeit und deren Ergebnisse nicht ausnutzen dürfe, oder anders ausgedrückt, ein wettbewerbliches Verhalten ist nicht allein wegen der Tatsache, daß eine Nachahmung vorliegt, über das Wettbewerbsrecht als unzulässig anzusehen.[2)] Dies gilt jedoch nur mit der Maßgabe, daß kein Sonderrechtsschutz besteht und die Leistungsübernahme nicht aus darüber hinausgehenden Gründen sittenwidrig ist.

---

1) Allg.M.; vgl. etwa "Kunststoffzähne" - BGH GRUR 69, 618 ff

2) Möhring, FS/Hämmerle, S.233; "Hummel III" - BGH GRUR 70, 250 ff, 253.

### 1.2.2. Kennzeichnungsschutz

Aus dem Zweck des Warenzeichens, die Waren eines Gewerbetreibenden zu kennzeichnen und sie von denen anderer zu unterscheiden (§ 1 WZG) ergibt sich der Schutzzweck des Warenzeichengesetzes, der Verhinderung einer Verwechslungsgefahr (§ 31 WZG).
Über die Herkunftsfunktion hinaus können die Kennzeichnungsmittel Träger von Gütevorstellungen des Verkehrs werden, wenn den damit gekennzeichneten Unternehmen entsprechende Kundenvorstellungen entgegen gebracht werden.[1)]
Der Kennzeichnung der Waren dienen nicht nur die (Waren-) Zeichen und sprachlichen Hinweise durch die Verwendung des Namens oder der Firma; auch besondere Merkmale der Ware selbst können diese kennzeichnende Wirkung erlangen, soweit der Verkehr mit ihnen eine entsprechende Vorstellung verbindet.
Weist das initiatorische Produkt Merkmale auf, deren Übernahme im Verkehr Verwechslungsgefahr indiziert, ist bei der Erwägung eines wettbewerbsrechtlichen Verbots der Leistungsübernahme zunächst der Regelungsgehalt des Kennzeichnungsrechts zu überprüfen.

---

1) vgl. z.B. die mit dem Mercedes-Stern verbreitete Assoziation der Solidität in der Verarbeitung oder des Prestiges oder anderes mehr.
Zur Frage, inwieweit derartige Gütevorstellungen geschützt sind, vgl. 4.1.3.

### 1.2.3. Gewerblicher Rechtsschutz

Den Schutz technischer Leistungen übernimmt das Patent- und Gebrauchsmusterrecht, den Schutz ästhetischer Ausdrucksformen das Geschmacksmusterrecht. In der wirtschaftlichen Praxis wird zwar sehr häufig versucht, den Schutz der gewerblichen Leistung auf ein Urheberrecht zu stützen; wegen seines persönlichkeitsrechtlichen Einschlags und des in der Leistung liegenden individuellschöpferischen Gehalts ist das Urheberrecht jedoch nicht dem gewerblichen Rechtsschutz zuzuordnen.

Diese Leistungsschutzrechte gewähren ein "zeitlich befristetes Monopol" unter der sachlichen Voraussetzung einer gewissen Leistungshöhe, wie es das Patentgesetz unter der Voraussetzung einer Erfindung, das Gebrauchsmustergesetz mit einer in einer Raumform verkörperten Erfindung, die gegenüber dem Patent eine geringere Leistungshöhe aufweist, das Geschmacksmustergesetz mit dem Tatbestandsmerkmal der Eigentümlichkeit und schließlich das Urheberrecht mit dem Kriterium eines individuellschöpferischen Gehalts erfordert.
Dementsprechend ist bei der Patent- und Gebrauchsmusterverletzung nicht entscheidend die identische Verletzungsform, sondern die Verletzung des in der Form verkörperten Erfindungsgedankens, so daß auch in der äußeren Form abweichende, jedoch die gleiche Wirkung erzielende Mittel (glatte Äquivalente) die Verletzung begründen können.

Wie das Urhebergesetz schütz das Geschmacksmustergesetz eine (immaterielle) ästhetische Gestaltung, sei es die in einer Flächen- oder Raumform verkörperte geschmacksmusterrechtliche Eigentümlichkeit oder die urheberrechtlich relevante individuelle Schöpfung. Diese Gestaltung wird vor der Nachbildung der wesentlichen, die äußere Form prägenden Merkmale geschützt; die Übernahme einzelner Merkmale wird deshalb im Hinblick darauf überprüft, ob damit bereits der Gesamteindruck im wesentlichen erzielt wird. Entscheidend ist also nicht die Übernahme einzelner Merkmale als solcher und auch nicht eine Verwechslungsgefahr des initiatorischen mit dem imitatorischen Erzeugnis, sondern allein die Wiederholung der ästhetischen Gestaltung in ihrem wesentlichen Gesamteindruck.

### 1.3. Lückenergänzende Funktion der wettbewerblichen Generalklausel

Es besteht Übereinstimmung in Rechtsprechung und Literatur, daß die wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 1 UWG keine Anwendung finden kann, soweit der Sonderrechtsschutz eine abschließende Regelung trifft.[1)]

---

1) Max, S.10; hierzu und zum Folgenden vgl. auch Hubmann, GRUR 75, 230 ff, 235 mit Hinw. auf die einschlägige Rechtsprechung. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Konkurrenz der beiden Rechtsmaterien im Sinne einer Subsidiarität des allgemeinen Wettbewerbsrechts - so "Huthaken" - RGZ 120, 94 ff - oder einer Spezialität - so Reimer - v.Gamm, 5.K., Anm.4; Max, S.10 - des Sonderrechtsschutzes beantwortet wird.

Dies heißt jedoch nicht, daß der bestehende Sonderrechtsschutz den Schutz der Leistung allgemein abschließend regelt und außerhalb dieser Kodifikationen keine Möglichkeit zum Schutz der Leistung besteht[1]. Diese abschließende Regelung besteht jeweils nur für den sondergesetzlich geregelten Bereich[2] und beinhaltet insofern lediglich das Verbot, die in den Sondergesetzen aufgestellten Voraussetzungen über die wettbewerbsrechtliche Generalklausel zu ersetzen.

Die abschließende Regelung bedeutet weiterhin, daß außerhalb des sondergesetzlich geschützten Bereichs die Leistungsübernahme zulässig ist, wenn nicht besondere Umstände vorliegen.[3]

In diesem Bereich hat die wettbewerbsrechtliche Generalklausel lückenergänzende Funktion[4] und ist sie auch in der Vergangenheit teilweise zum Wegbereiter neuer gesetzlicher Schutzrechte geworden oder hat in der patentamtslosen Zeit nach dem zweiten Weltkrieg diesen fehlenden Schutz ersetzt.[5]

---

1) dagg. Max, S.12

2) Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm.3

3) Allg. Meinung; Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm.3; "Polsterstühle" - BGH WRP 78, 216 ff, 218

4) Reimer, FS/Wendel, S.100 ff; Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm.3; Ulmer - Reimer, Anm. 269; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm.69 ff; ders., § 1 UWG, 510

5) Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm.2, Reimer, FS/Wendel, S.100 ff; Ulmer - Reimer, Anm.269/270.

## 1.4. Ergänzender Schutz

Soweit kein Sonderrechtsschutz bestand, hat die Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen die Leistungsübernahme gleichwohl auf Grund einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung untersagt, wenn "besondere Umstände" dies notwendig erscheinen ließen.

### 1.4.1. Rechtsprechung: Besondere Umstände

Diese besonderen Umstände hat die Rechtsprechung, die in der Literatur[1] Zustimmung findet, in einer Fallgruppe dahin konkretisiert, daß

> "die Ausnutzung fremder Leistung dann als wettbewerbswidrig im Sinne des § 1UWG angesehen werden kann, wenn die übernommene Leistung wettbewerbliche Eigenart aufweist, d.h., geeignet ist, im Verkehr Herkunfts- und Gütevorstellungen hinsichtlich der Betriebsstätte hervorzurufen und dem Unternehmer ein Abstand zumutbar ist, um die Verwechslungsgefahr auszuschließen."[2]

---

1) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.390 ff; Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm.11 ff; Ulmer - Reimer, Bd.III, Rdn 266 ff, 274 ff; v.Godin, U § 1, Rdn 95 ff; Möhring, FS/Hämmerle, S.231 ff, 238 ff; v.Gamm, GRUR 78, 453 ff; Hubmann, GRUR 75, 230 ff.

2) "Skai - cubana" - BGH GRUR 67, 315 ff, 317/8; "Spritzgußengel" - BGH GRUR 70, 244 ff, 245; "Klemmbausteine" - BGH GRUR 64, 621 ff, 624; "Saxophon" - BGH GRUR 66, 617 ff, 619; "Pulverbehälter" - BGH GRUR 68, 591 ff; "Uhrenrohwerk" - BGH GRUR 57, 37 ff.

### 1.4.2. Abgrenzung des Problembereichs der geographischen Herkunftsangaben

Diese Charakterisierung der besonderen Umstände durch die Rechtsprechung zeigt mit der Problematik des Schutzes geographischer Herkunftsangaben hinsichtlich der Herkunftsfunktion Berührungspunkte.
Der Unterschied der beiden Fallgruppen liegt jedoch im Bezugspunkt, nämlich einerseits der Herkunft aus einem bestimmten Betrieb und andererseits aus einem geographisch abgrenzbaren räumlichen Bereich.

Dieser unterschiedliche Bezugspunkt bedingt eine divergierende Problematik:
Bei der Beurteilung einer betrieblichen Herkunftstäuschung auf der Grundlage des allgemeinen Wettbewerbsrechts sind die Grenzen des bereits bestehenden sondergesetzlichen Kennzeichnungsschutzes zu beachten und damit eine unzulässige Ersetzung jener Schutzvoraussetzungen durch das allgemeine Wettbewerbsrecht.
Ausserhalb dieser sondergesetzlichen Grenzen ist dann der Frage nachzugehen, inwiefern überhaupt ein eigenständiger ergänzender Schutz über das allgemeine Wettbewerbsrecht notwendig erscheint.

Bei der geographischen Herkunftsangabe ergibt sich zunächst das Problem der räumlichen Eingrenzung der möglichen Schutzrechtsinhaber, sodann die Frage nach der Möglichkeit eines kollektiven Schutzes der Ortsansässigen[1].

---

1) Dies ist auch die Zielsetzung von Tilmann, Die Geographische Herkunftsangabe; vgl. dort S.10.

Soweit mit diesem kollektiven Schutz Qualitätserwartungen verbunden sind, indiziert dies eine Qualitätsbindung der Schutzrechtsinhaber.[1)]

Über diesen unterschiedlichen Bezugspunkt hinaus unterscheiden sich die beiden Fallgruppen auch hinsichtlich des zu Grunde liegenden wettbewerblichen Verhaltens:
In der wirtschaftlichen Praxis steht weniger die Verwendung täuschender Angaben mit dem Ziel einer Irreführung der Kunden im Vordergrund, als vielmehr die - ohne Irreführung und damit außerhalb des Schutzbereichs des § 3 UWG liegende - offene Anlehnung an die Ursprungsangabe unter Verwendung entlokalisierender Zusätze mit der Folge einer Beeinträchtigung des guten Rufs der geographischen Herkunftsangabe und der Verwässerung ihrer Werbekraft.[2)]

---

1) Vgl. hierzu Tilmann, S.57.
Soweit Tilmann eine Unterscheidung zum Warenkennzeichen in der "Werbeaussage" und der "Qualitätsrelevanz" geographischer Herkunftsangaben sieht, ist dem nicht vorbehaltslos zuzustimmen, da die "besonderen Umstände" im Rahmen des allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Schutzes ebenfalls Kundenpräferenzen erfordern (vgl. unten 2.2. und 3.3.2.) und auch die kennzeichnenden Merkmale des sondergesetzlichen Kennzeichnungsschutzes Träger derartiger Qualitätserwartungen sein können (vgl. unten 4.2.3.).

2) Vgl. Tilmann, S.71 ff; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.485.
Über § 3 UWG wird lediglich ein Schutz des Aussagegehalts der (geographischen) Angabe erzielt; die Möglichkeit zur offenen Anlehnung an die kennzeichenmäßige Ausformung der (geographischen) Herkunftsangabe bleibt ungeschützt.
Anders ist die Rechtslage bei einem bestehenden Kennzeichnungsschutz: Über den Schutz des Kennzeichnungsträgers im Rahmen der Verwechslungsgefahr als Anknüpfungspunkt des intendierten Schutzes der Kennzeichnungswirkung wird die Möglichkeit einer offenen Anlehnung stark eingeschränkt und spielt deshalb praktisch keine Rolle; vgl. dazu Tilmann, S.74/5.

### 1.4.3. Ausschluß eines Kennzeichnungsschutzes

Erfordern die "besonderen Umstände" eines wettbewerbsrechtlichen Schutzes, daß der schutzwürdigen Leistung eine betriebliche Herkunftsfunktion zukommt und die Gefahr einer Verwechslung besteht, dann ist dieser Schutz gegenüber dem sondergesetzlichen Kennzeichnungsschutz abzugrenzen.

Begründen Eigenschaften der Ware die Herkunftsvorstellungen, so verengt sich die Abgrenzung zum Kennzeichnungsschutz auf den kennzeichnungsrechtlichen Ausstattungsschutz nach § 25 WZG, da auch dort die eigenartige, kennzeichnende Gestaltung der Ware selbst als schutzfähiges Kennzeichnungsmittel in Betracht kommt.[1)]

Ein Überblick über die Rechtsprechung zu einem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutz zeigt zwei Ablehnungsgründe für den vorab geprüften Schutz nach § 25 WZG:

1. Nicht ausreichend feststellbare Verkehrsgeltung.
2. Die die Herkunftsfunktion begründenden Merkmale bestimmen das Wesen der Ware.

Daraus leitet sich die Notwendigkeit ab, eine unzulässige Ersetzung der sondergesetzlichen Schutzvoraussetzungen über das allgemeine Wettbewerbsrecht zu überprüfen. Selbst wenn jedoch über das allgemeine Wettbewerbsrecht geringere Anforderungen an die Verkehrsgeltung gestellt würden und ein Schutz derartiger wesensbestimmender

---

1) vgl. Reimer - Trüstedt, 39.K., Anm.1; von der Osten, S.36

Merkmale über die wettbewerbsrechtliche Generalklausel möglich wäre, so sind doch die Unterschiede zwischen dem wettbewerbsrechtlichen Schutz und dem sondergesetzlichen Kennzeichnungsschutz zu beachten:

Das allgemeine Wettbewerbsrecht richtet sich in dem weiten Bereich des W e t t b e w e r b s v e r h ä l t n i s s e s gegen die A r t und W e i s e wettbewerblichen Verhaltens und gewährt damit einen r e l a t i v e n S c h u t z gegen den jeweiligen Verletzer.

Der sondergesetzliche Kennzeichnungsschutz gewährt jedoch ein I m m a t e r i a l g ü t e r r e c h t mit a b s o l u t e m S c h u t z u m f a n g , allerdings nur im Rahmen der W a r e n g l e i c h a r t i g k e i t .

Über diesen unterschiedlichen Schutzgrund, -umfang und -bereich hinaus hat die Rechtsprechung wiederholt die Eigenständigkeit des wettbewerbsrechtlichen Schutzes damit hervorgehoben, der wettbewerbsrechtliche Schutz gewähre keinen Leistungs- oder Kennzeichnungsschutz.

Ob sich diese Unterschiede in der Praxis auswirken, ist im Folgenden zu überprüfen.

## 1.4.4. Eigenständigkeit des wettbewerbsrechtlichen Schutzes

### 1.4.4.1. Schutzzweck

Nach den Ausführungen der Rechtsprechung vermittelt der wettbewerbsrechtliche Schutz keinen Leistungs- oder Kennzeichnungsschutz[1], sondern entscheidend sei die durch die Verwechslung herbeigeführte "Ausnutzung fremder Mühen und Kosten"[2],
die "Ausnutzung des guten Rufs der fremden Ware"[3],
die "Ausbeutung des guten Rufs des Konkurrenten"[4],
der "Eingriff in den redlichen (Verkehrs-) Besitzstand"[5],
die "Gefährdung des wettbewerblichen Besitzstandes"[6],
die "Ausnutzung im Verkehr verankerter Gütevorstellungen"[7].

Das Reichsgericht hat in einer früheren Entscheidung aus dem Jahre 1931[8] die "Ausnutzung fremder Gedanken Arbeit und Geldaufwendungen" jedenfalls dann als wettbewerbswidrig angesehen, wenn das nachgeahmte Erzeugnis

---

1) "Brillenstangen" - RG GRUR 37, 66;
"Buntstreifen I" - BGH GRUR 62, 144 ff, 149;
"Form-strip" - BGH GRUR 62, 299 ff, 303;
ebenso Haß GRUR 79, 361 ff, 362

2) "Manschettenknöpfe" - RG GRUR 31, 294 ff, 296

3) "Lichtpausmaschinen" - RG GRUR 32, 317 ff, 319

4) "Brillenstangen" - RG GRUR 37, 66 ff, 69;
"Hummel I" - BGH GRUR 52, 516 ff, 520

5) "Porzellandekor" - RG GRUR 32, 336, 339

6) "Essbesteck" - RG GRUR 40, 454 ff, 456;
"Hummel II" - BGH GRUR 61, 581 ff, 582, 584

7) "Buntstreifen I" - BGH GRUR 62, 144 ff, 149;
"Wasserzähler" - BGH GRUR 57, 83 ff, 84;
"Rosenthalvase" - BGH GRUR 59, 289 ff, 292;
"Form-strip" - BGH GRUR 62, 299 ff, 303

8) "Manschettenknöpfe" - RG GRUR 31, 294 ff, 296

dadurch eine Ausnahmestellung einnehme, daß es Merkmale mit kennzeichnender Wirkung aufweise.

In den folgenden Entscheidungen, die in der Literatur Zustimmung gefunden haben[1], wurde jedoch übereinstimmend dem Umstand, daß der Initiator um die Arbeit, um das mit Mühen und Kosten errungene Arbeitsergebnis gebracht wurde, für sich allein keine Bedeutung beigemessen.
Dies ergibt sich schon daraus, daß die Ersparung von Aufwendungen in der Natur der Leistungsübernahme liegt; weiterhin daraus, daß selbst der sondergesetzliche Leistungsschutz nicht an den Arbeitsaufwendungen, sondern am Arbeitsergebnis ansetzt und man letztlich bei einer anderen Betrachtungsweise zu einem nahezu vollständigen Schutz der Arbeitsleistung gelangen würde, der den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit pervertierte[2].

Auch die "Ausnutzung des guten Rufs der Ware" kann nicht die Wettbewerbswidrigkeit begründen, da in aller Regel gerade das erfolgreiche Erzeugnis, das Produkt, das auf dem Markt einen guten Ruf erlangt hat, nachgeahmt wird.
Soweit die Ausnutzung des guten Rufs der Ware allein durch die Warenverwechslung erfolgt, wird bei einer solchen Ausnutzung des guten Rufs der Ware die Nachahmungsfreiheit beseitigt.

---

1) "Apfel-Madonna" - BGHZ 44, 287 ff, 296;
"Nelkenstecklinge" - BGHZ 28, 387 ff, 394;
"Hummel III" - BGH GRUR 70, 250 ff, 253;
Luchterhandt, GRUR 69, 582; Möhring, FS/Hämmerle, S.234 ff; Burmann, WRP 71, 6 ff, 7;
Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm.4

2) ebenso Max, S.109 - 114; "Skai-cubana" - BGH GRUR 67, 315 ff, 317.

Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, in dem sich der gute Ruf der Ware nicht auf deren besondere Eigenschaften, auf deren Qualitätsmerkmale gründet, sondern vom Hersteller abgeleitet wird, der eine bestimmte Erwartungshaltung beim Kunden auslöst, die für seinen Kaufentschluß maßgebend wird.

Die übrigen Ausführungen zum Schutzzweck legen die Überprüfung nahe, ob im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung das Bestehen von solchen Herkunfts- und Gütevorstellungen vorausgesetzt und damit der Schutz einer bestimmten Absatzbeziehung intendiert ist.

1.4.4.1.1. Wettbewerblicher Besitzstand

Bei einem durch Angebot und Nachfrage gekennzeichneten Wettbewerb haben Herkunftsvorstellungen wettbewerbliche Bedeutung, wenn sie "kaufmotivierend" wirken[1]. Derlei Kundenpräferenzen bedeuten nicht nur eine allgemeine Chance auf künftige Geschäftsabschlüsse[2], sondern

---

1) So etwa bei Tetzner, JR 65, 6 ff, 7/10; Ulmer - Reimer, Bd.III, Rdn. 276 ff; Möhring, FS/Hämmerle, S.231 ff, 238 ff; "Deutschlanddecke" - BGH GRUR 58, 351 ff, 352: "Maßgebend ist nur, daß er (der Kunde) das Erzeugnis mit einer bestimmten Herkunftsstätte in Verbindung bringt und daß diese Gedankenverbindung fest genug in ihm haftet, um Einfluß auf seinen Kaufentschluß zu nehmen."

2) Ein Eingriff in solche Gewinnerwartungen und Gewinnchancen wäre wettbewerbsgerecht; vgl. Jungbäck, Vergleichende Werbung, S.67; Ott, FS/Raiser, S.421.

verbessern erheblich die wettbewerbliche Position des Herstellers, seine Absatzbeziehung zum Kunden[1].

In dieser Richtung, der wettbewerbsrechtlichen Relevanz einer durch Herkunfts- und Gütevorstellungen geprägten Marktposition, finden sich in der Rechtsprechung mehrere Hinweise:

In der Porzellandekor-Entscheidung[2] führt das Reichsgericht aus, "die Gefahr der Täuschung, der Verwechslung der Waren verschiedener Unternehmer und die Möglichkeit sonstiger irriger Vorstellungen wird heraufbeschworen, wenn ein Unternehmer so, wie es die Beklagte im Verhältnis zur Klägerin getan hat, das Porzellanmuster eines anderen wissentlich nachmacht. Solche Handlungen greifen in einer Weise in den fremden Geschäftskreis ein, die den Anforderungen des gesicherten redlichen Verkehrs widerstreben und sich deshalb mit dem Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden nicht verträgt". "Insoweit genügt es, wenn der Initiator sich im Verkehr unangefochten (wie er angibt seit einer Reihe von Jahren) eines Musters bedient, das nicht zu den Dutzendwaren ohne besonderes Gepräge gehört. Wenn er, wie bisher unbestritten, dies seit Jahren tut, kann er sich zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb auf einen redlichen Verkehrs-Besitzstand berufen".

---

1) Ebenso Burmann, WRP 71, 6 ff, 9/10; Ott, FS/Raiser, S.422: Marktvorsprung durch eine gewisse Individualisierung der Produkte; "Deutschlanddecke" - BGH GRUR 58, 351 ff, 352; ansatzweise auch "Hummel II" - BGH GRUR 61, 581 ff, 582 und "Hummel I" - BGHZ 5, 1 ff, 11.

2) RG GRUR 32, 336 ff, 339

"Der Anspruch setzt jedoch voraus, daß ein beträchtlicher Wert der Klägerin auf dem Spiele steht". Hierfür sind nicht nur die für die Herstellung des Dekors, und zwar des Entwurfs dazu, ausgegebenen Beträge maßgebend, sondern "der Schwerpunkt für das Verhältnis unter den Parteien lag darin, daß die Beklagte zum Nachteil der Klägerin bewußt eine Täuschungs- und Verwechslungsgefahr hervorrief, aus welcher dann Abbruch am Kundenkreis und überhaupt erheblicher Schaden erwachsen kann, schon erwachsen ist, auch künftig noch droht".
Maßgeblich erachtet danach das erkennende Gericht den Eingriff in den fremden Geschäftskreis, den Verkehrs-Besitzstand, wobei es die Unlauterkeit des Eingriffs in der durch die Imitation hervorgerufenen Warenverwechslung und Täuschung der Kunden sieht.
Voraussetzung für einen solchen schützenswerten Besitzstand ist danach das Vorliegen eines "beträchtlichen Wertes", der sich nicht nur im Herstellungsaufwand dokumentiert, sondern im Kunden - good will.
Einen doppelten Schutzzweck führt das Reichsgericht in der nachfolgenden Brillenstangen-Entscheidung an:[1)]

"Hat der Hersteller einer Ware eine besondere Gestaltung gegeben, die sich als Kennzeichen gerade dieser Ware im Verkehr durchgesetzt hat", dann darf der Konkurrent durch die Nachahmung dieser Ware "die Allgemeinheit nicht irreführen über die Herkunft der nachgebauten und vertriebenen Ware" und dadurch den von dem ersten Hersteller "für den Gegenstand erworbenen guten Ruf ausbeuten".

---

1) RG GRUR 37, 66 ff, 69/70

Der Bundesgerichtshof präzisiert in der Hummel-Entscheidung[1] die Anforderungen an die Verkehrsgeltung oder wie sie vom Reichsgericht in der Porzellandekor-Entscheidung bezeichnet wurde, den Besitzstand, dahin, daß "ausreichend noch nicht allein eine Verkehrsgeltung ist, die nur beinhaltet, daß der Verkehr die nachgebildete Ware rein tatsächlich einer bestimmten Herkunftsstätte zuschreibt", ausreichend ist auch nicht die Verwechslungsgefahr als solche; das "Ausbeuten des fremden Rufs" erfordert dazuhin, "daß das Publikum eine besondere Gütevorstellung mit der Ware verbindet"[2].

Die Relevanz einer bestimmten Marktposition im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung einer Leistungsübernahme wird auch in der Hummel II-Entscheidung deutlich[3].

---

1) BGH GRUR 52, 516 ff, 520

2) Ebenso die nachfolgenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs; vgl. "Wasserzähler" - BGH GRUR 57, 83 ff, 84; "Rosenthalvase" - BGH GRUR 59, 289 ff, 292; "BuntstreifenI" - BGH GRUR 62, 144 ff, 149.
In den darauf folgenden Entscheidungen wird die Differenzierung zwischen bloßen Herkunfts- und darüberhinausgehenden Gütevorstellungen nicht mehr ausdrücklich fortgesetzt, sondern kehren diese Kundenvorstellungen in der nahezu formelhaften Fixierung wieder, die übernommene Leistung müsse geeignet sein, im Verkehr Herkunfts- und Gütevorstellungen hervorzurufen. Ob damit die frühere Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs fortgesetzt werden soll, bleibt offen.

3) BGH GRUR 61, 581 ff, 582.

Unter dem umfassenden Gesichtspunkt der "Ausbeutung fremder Leistung, dieauch in einer wettbewerblichen Stellung verkörpert sein kann", sieht der Bundesgerichtshof den "tragenden Leitgedanken darin, daß man sich durch bewußte Ausnutzung fremder Leistung einen wettbewerblichen Vorsprung verschafft und damit die wettbewerbliche Ausgangslage verschiebt".

Aus diesen Begründungen zur Eigenständigkeit des wettbewerbsrechtlichen Schutzes ergibt sich die Frage, ob damit neben den Schutz der Marktleistung durch den Gewerblichen Sonderrechtsschutz und neben den durch das Kennzeichnungsrecht gewährten Schutz gegen Verwechslungsgefahr ein dritter Schutzzweck treten soll, Schutz einer durch Käuferpräferenzen geprägten Marktposition über das allgemeine Wettbewerbsrecht.

1.4.4.2. Schutzgrund

Der Anerkennung einer solchen vermögenswerten Marktposition durch die wettbewerbsrechtliche Generalklausel steht entgegen, daß nach allgemeiner Ansicht das allgemeine Wettbewerbsrecht sich allein gegen die A r t und W e i s e einer Wettbewerbshandlung richtet[1], während ein solcher vermögensrechtlicher Gehalt (allenfalls) dem gewerblichen Rechtsschutz durch die Anerkennung von I m m a t e r i a l g ü t e r r e c h t e n mit absolutem Schutzumfang zuerkannt wird.

---

1) Max, S.11/2; Ulmer-Reimer, Anm.268; Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm.3; Reimer, FS/Wendel, S.100/1; Englert, FS/Ulmer, S.297 ff, 298.

So hat der Bundesgerichtshof in der "Streifenmuster"-Entscheidung[1] die Ausstattung als gleichwertiges Kennzeichnungsrecht neben das förmliche Zeichenrecht gestellt, das er in einer davor liegenden Entscheidung[2] als "ein mit dem Unternehmen eng verbundenes Vermögensrecht" bezeichnet hatte.

Bei der Überprüfung eines eigenständigen Schutzes wird deshalb auch dieser angeblich unterschiedliche rechtliche Gehalt zu überprüfen sein, der so nicht in Einklang zu bringen ist mit der allgemeinen Ansicht, das Warenzeichenrecht stelle lediglich einen Ausschnitt aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht dar[3].

---

1) BGHZ 52, 273 ff, 279
2) "Vogler" - BGHZ 32, 103 ff, 113
3) vgl. Reimer - v.Gamm, 2.K., Anm.2.

1.4.4.3. Schutzbereich:
Wettbewerbsverhältnis - Warengleichartigkeit

Die Eigenständigkeit des wettbewerbsrechtlichen Schutzes könnte auch in dem unterschiedlichen Anwendungsbereich der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel und des § 25 WGZ liegen[1].

Das Kennzeichnungsrecht läßt sich hinsichtlich des sachlichen Schutzbereichs durch das Erfordernis der Warengleichartigkeit bei den §§ 1, 25 WZG gegenüber der Voraussetzung eines Wettbewerbsverhältnisses bei der Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel abgrenzen.

Ausgehend von der schon vom Reichsgericht[2] geprägten Definition des Wettbewerbs als einem

> "Handeln, das darauf gericht ist, den eigenen Absatz zu fördern oder einen fremden zu beeinträchtigen, den eigenen Kundenkreis auf Kosten der anderen Gewerbetreibenden zu erweitern"

erfordert das Wettbewerbsverhältnis eine gegenwärtige oder künftige[3] Überschneidung auf der Angebots- oder Nachfrageseite, wobei die Branchennähe oder unmittel-

---

1) so etwa Witthüser, Diss., S.58

2) RG 118, 133 ff, 136.

3) "Ovalpuderdose" - BGH WRP 76, 370 ff, 371:
"Mit ihren fraglichen Erzeugnissen war die Klägerin zwar noch nicht unmittelbar auf dem deutschen Markt aufgetreten". "Damit stand nach der Lebenserfahrung zu erwarten, daß die Klägerin ihre Erzeugnisse in Kürze auch in der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrieb bringen würde".

bare Güterkonkurrenz durch gleichartige Marktprodukte vordringliche Anzeichen einer solchen Konkurrenzsituation sind.[1)]

Für die Beurteilung der Warengleichartigkeit ist nicht die technische oder wirtschaftliche Substitutionsfähigkeit oder die Einteilung in Warenklassen maßgebend, sondern auf Grund der Funktion dieser Voraussetzung, den Schutzumfang gegen Verwechslungsgefahr zu begrenzen, liegt Warengleichartigkeit nach den §§ 1, 25 WZG vor, wenn innerhalb der beteiligten Verkehrskreise der Durchschnittsabnehmer bei gleichen Merkmalen annehmen würde, die Waren entstammten der gleichen Herkunftsstätte.

Kriterium hierfür ist alternativ der gleiche Ort und die gleiche Art der Herstellung, die stoffliche Beschaffenheit oder der Verwendungszweck oder der Vertrieb in denselben Verkaufsstätten[2)].

---

1) Reimer - v.Gamm, 26.K., Anm.13;
Baumbach-Hefermehl, UWG Einl., Anm. 210 ff

2) Reimer - Trüstedt, 14 K., Anm.5;
Baumbach-Hefermehl, § 5 WZG, Anm.74 ff, 48;
ders., § 25 WZG, Anm.84;
Busse, § 5 WZG, Anm. 27 ff;
ders., § 25 WZG, Anm.29;
v.Godin, U § 1, Anm.54 c;
v.Gamm, § 5 WZG, Anm.35 ff, 39 mit historischem Abriß der Begriffsentwicklung;
"certo" - BGH GRUR 63, 572;
"Poropan" - GRUR 68, 551;
"smarty" - BGH GRUR 73, 316;
Kritisch zu diesen Anhaltspunkten, Storkebaum-Kraft, § 5, Rdn. 19 ff, der die Maßgeblichkeit dieser Kriterien im Einzelnen auf Grund der wirtschaftlichen Fortentwicklung nur noch in einer "relativen Formel" (Anm.30 f) anerkennt.

Danach ist die Gefahr einer reinen Warenverwechslung bedeutungslos.[1)]

Die Kritik MUNZINGERS[2)], daß es im Rahmen der Warengleichartigkeit nicht darauf ankomme, ob die angesprochenen Verkehrskreise die konkurrierenden Marktprodukte derselben Herkunftsstätte zuschreiben, verkennt den Zusammenhang dieses Kriteriums mit der Funktion der Warenkennzeichnung: Das Warenzeichen soll die Herkunft bestimmter Waren aus einer gleichbleibenden Betriebsstätte kennzeichnen; dann kann für die falsche Zuordnung eines Martkproduktes diese subjektive Auffassung der beteiligten Verkehrskreise nicht bedeutungslos sein.

Die damit aufgezeigten Unterschiede im sachlichen Schutzbereich verlieren ihre Bedeutung im Fall der Leistungsübernahme eines Marktprodukts mit wettbewerblicher Eigenart. Weder die Warengleichartigkeit, noch das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses können in diesem Fall in Frage stehen, so daß von diesen Voraussetzungen her eine Konkurrenz zwischen der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel und den Regelungen des Kennzeichnungsrechts nicht ausgeschlossen ist.
Eine Ergänzung im Sinne eines weiteren Schutzbereichs der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel gegenüber dem Kennzeichnungsrecht ist nicht ersichtlich.

---

1) Ebenso v.Gamm, § 5 WZG, Anm.35
2) GRUR 64, 186.

1.4.4.4. Relativer Schutz - Absolute Schutzwirkung

Ist bei einem Schutz über die wettbewerbsrechtliche Generalklausel deshalb zu überprüfen, ob ein damit grundsätzlich möglicher ergänzender Schutz nicht im Widerspruch zur Nachahmungsfreiheit steht, bzw. ob damit nicht in unzulässiger Weise die Voraussetzungen des Sonderrechtsschutzes ersetzt werden, so verliert diese Problematik nicht dadurch an Bedeutung, daß die wettbewerbsrechtliche Generalklausel nur einen relativen Schutz gewährt und damit nur gegen den jeweiligen Verletzer, dem ein wettbewerbswidriges Verhalten vorgeworfen wird, zur Anwendung kommt.
Es ist nicht zu übersehen, daß sich die Schutz*wirkung* umso mehr einem absoluten Schutz nähert, je mehr die Schutzvoraussetzungen auf die initiatorische Leistung verlagert werden und damit bei jeder Imitation unabhängig von der Person des Konkurrenten vorliegen.
Bei der Sanktionierung solcher Wettbewerbsverstöße hat die neuere Rechtsprechung - unter Betonung des Ausgangspunktes eines nur relativen Schutzes über die wettbewerbsrechtliche Generalklausel - denn auch bereits auf die *identische Interessenlage* beim Sonderrechtsschutz hingewiesen und dessen Schadensberechnungsarten auf das allgemeine Wettbewerbsrecht übertragen.

So führt der Bundesgerichtshof aus,

> "daß wegen des besonderen Schutzwertes des nachgebildeten Erzeugnisses", "wegen seiner besonderen Eigenart und Schutzwürdigkeit in

seiner konkreten Gestaltungsform" "trotz Fehlens eines Ausschließlichkeitsrechts ein dem Immaterialgüterrechtsschutz ähnlicher Schutz" gewährt werden müsse[1].

Endgültig aufgegeben wird die Beschränkung auf den Verhaltensschutz von dem Teil der Lehre, der bestimmte Leistungen unter dem Gesichtspunkt eines zeitlichen Schutzes des Wettbewerbsvorsprungs schützen will[2].

---

1) BGH GRUR 72, 189 ff, 190/1 - "Wandsteckdose II"; "Prospekte" - OLG Hbg. GRUR 72, 430 ff, 432; "Modeneuheit" - BGH NJW 73, 800 ff, 802; "Prozeßrechner" - BGH GRUR 77, 539 ff

2) Hubmann, GRUR 75, 230 ff; ders. GR § 50 pr., 1; Schramm, WuW 56, 199 ff, 201.

## 1.5. Fragestellung

Zusammengefaßt ergeben sich aus dem ergänzenden wettbewerblichen Schutz folgende Fragestellungen:

1. Ausgehend von der Begründung in den höchstrichterlichen Entscheidungen zur Eigenständigkeit des wettbewerbsrechtlichen Schutzes über die Generalklausel des § 1 UWG, nämlich der Ausnutzung eines wettbewerblichen Besitzstandes durch eine vermeidbare Verwechslungsgefahr, ist zu fragen nach dem Schutzgrund: Tritt diese wettbewerbliche Position als eine eigenständige - schutzwürdige - Leistung des Mitbewerbers neben die Leistungen, die durch den gewerblichen Rechtsschutz erfaßt werden, oder kommt der Irreführung der Kunden durch die Verwechslung der Waren entscheidendes Gewicht zu, oder ist letztlich die Verschiebung der durch den Besitzstand geprägten wettbewerblichen Ausgangslage im Zusammenhang mit der Funktion des Wettbewerbsprozesses maßgeblich?

2. Diese Frage kann nicht ohne die Herausarbeitung des relevanten Kriteriums, das den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit in ein Verbot der Leistungsübernahme umschlagen läßt, geklärt werden. Angesichts der Kombination verschiedener Kriterien ist eine genauere Überprüfung der verschiedenen Merkmale, wie sie von der Rechtsprechung ausgefüllt wurden, notwendig.

3. Soweit diese Überprüfung die Identität der Schutzvoraussetzungen des wettbewerbsrechtlichen Schutzes und des Kennzeichnungsschutzes erweist, wie sie durch die Schutzvoraussetzungen der Herkunftsfunktion und der Verwechslungsgefahr nahegelegt wird, ist die Abgrenzung zum Kennzeichnungsschutz vorzunehmen.
   Praktische Bedeutung erfährt diese Abgrenzung dadurch, daß in der wirtschaftlichen Auseinandersetzung der wettbewerbsrechtliche Schutz häufig "ergänzend" neben dem Ausstattungsschutz geltend gemacht wird.

## 2. Teil II FALLGRUPPE DER HERKUNFTSTÄUSCHUNG

In Teil I der Arbeit wurde bereits ausgeführt, daß die Fallgruppe der Herkunftstäuschung dadurch gekennzeichnet ist, daß

> "die Ausnutzung fremder Leistung dann als wettbewerbswidrig i.S.d. § 1 UWG angesehen werden kann, wenn die übernommene Leistung wettbewerbliche Eigenart aufweist, d.h., geeignet ist, im Verkehr Herkunfts- und Gütevorstellungen hervorzurufen und dem Unternehmer ein Abstand zumutbar ist, um die Verwechslungsgefahr auszuschließen".[1)]

### 2.1. Wettbewerbliche Eigenart

Teilweise legen die Ausführungen in Literatur und Rechtsprechung die Annahme nahe, mit dem Merkmal der wettbewerblichen Eigenart werde die S c h u t z w ü r d i g k e i t der initiatorischen Leistung zur notwendigen Voraussetzung erhoben

Danach muß mit der initiatorischen Leistung "ein gewisses schöpferisches oder technisches Niveau erreicht worden sein"[2)] oder es wird "eine sich von den allgemeinüblichen Durchschnittserzeugnissen abhebende, eigenständige Gestaltung oder zumindest eigenständige Weiter-

---

1) vgl. 1.4.1.

2) Max, S.22, 31, 47;

entwicklung"[1], "eine aus dem Durchschnitt herausragende, nicht lediglich einem allgemeinen Trend folgende Leistung verlangt"[2].

Demgegenüber wird hervorgehoben, diese wettbewerbliche Eigenart unterscheide sich von den qualitativen Voraussetzungen des Sonderrechtsschutzes dadurch, daß sie weder urheberrechtliche oder geschmacksmusterrechtliche Eigentümlichkeit, noch technische Überdurchschnittlichkeit oder Fortschrittlichkeit erfordere[3] und es somit auf eine besondere Qualität nicht ankomme. So sind denn auch nach MAX "eigenartige Merkmale in diesem Sinne Unterscheidungsmerkmale; ihre Nachahmung durch einen anderen Hersteller kann zu Irreführungen und Verwechslungen führen: Dann aber liegt ein spezifisch wettbewerblicher Tatbestand vor, für den die Eigenart des nachgeahmten Erzeugnisses nur eine Voraussetzung ist, nicht schon selbst Grund eines Unterlassungsanspruchs nach § 1 UWG"[4].

Die Vertreter der Ansicht, die in das Merkmal der wettbewerblichen Eigenart die Prüfung der Schutzwürdigkeit der initiatorischen Leistung einbeziehen, sind bisher eine positive Beschreibung dieser "eigenständigen Gestaltung oder zumindest eigenständigen Weiterentwicklung" oder wenigstens einer exemplari-

---

1) Reimer - v.Gamm, 29 K., Anm. 12/3; Haß, GRUR 79, 361 ff, 365

2) "Modenneuheit" - NJW 73, 800 ff, 801; ebenso Hubmann GRUR 75, 230 ff, 235/7, der allerdings die Fallgruppe einer Herkunftstäuschung ablehnt und nur einen echten Leistungsschutz unter dem Gesichtspunkt der Sicherung eines Wettbewerbsvorsprungs befürwortet.

3) Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm. 12/3; Max, S.26-28; Haß GRUR 79, 361 ff, 365.

4) Max, S.25.

schen Begründung am konkreten zur Entscheidung stehenden Fall schuldig geblieben; der Hinweis, daß eine urheberrechtliche oder geschmacksmusterrechtliche Eigentümlichkeit nicht vorliegen müsse, reicht nicht für eine Bestimmung.
Mit dieser Ansicht läßt sich auch nicht erklären, wie durch die Anbringung eines deutlichen Hinweisschildes auf die eigene Betriebsstätte die Wettbewerbswidrigkeit ausgeschlossen werden kann, weil dadurch die Verwechslungsgefahr beseitigt ist.[1)]

Wie die Ausführungen zeigen[2)], scheint der Grund für diese Ansicht in der Annahme zu liegen, daß anderenfalls die strengen Anforderungen des § 25 WZG an die Verkehrsgeltung umgangen würden.

In der Pulverbehälter-Entscheidung hat der Bundesgerichtshof die mit der Uhrenrohwerk-Entscheidung begonnene Ansicht bestätigt, daß das Merkmal der Überdurchschnittlichkeit nur zur Abgrenzung solcher Leistungen dient, denen der Verkehr keine Beachtung zu schenken pflegt, weil dann keine Herkunftsvorstellungen entstehen und damit keine Herkunftstäuschung erfolgen kann, und daß deshalb das Merkmal der wettbewerblichen Eignung n u r im Hinblick auf die Eignung, Herkunfts- und Gütevorstellungen

---

1) vgl. etwa Haß, GRUR 79, 361 ff, 365

2) Haß, GRUR 79, 361 ff, 364 r.Sp.;
Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm.12.

auszulösen, zu sehen ist.[1)]

Damit ist gleichzeitig klargestellt, daß es nicht ausreicht, wenn sich Herkunfts- und Gütevorstellungen auf eine allgemeine Marktgeltung der Ware gründen, insbesondere auf eine Alleinstellung auf dem Markt. Mit dem Erfordernis der Eigenart ist die Voraussetzung verankert, daß die Herkunftsfunktion an kennzeichnende Merkmale der Leistung anknüpft. Dies hat der Bundesgerichtshof in der Spritzgußengel-Entscheidung mit aller Deutlichkeit hervorgehoben: Diese auf der faktischen Marktlage beruhende Erscheinung ist nicht geeignet, ein Monopolrecht zu begründen.[2)]

---

1) "Uhrenrohwerk" - BGH GRUR 57, 37 ff, 38 III 1;
"Fahrradschutzbleche" - BGH GRUR 63, 328 ff, 330;
"Zündaufsatz" - BGH GRUR 66, 97 ff, 100;
"Skai cubana" - BGH GRUR 67, 315 ff, 317;
"Pulverbehälter" - BGH GRUR 68, 591 ff mit zustimmender Anm.von Droste, S. 594/5;
"Rekordspritzen" - BGH GRUR 68, 698 ff, 702;
"Buntstreifen II" - BGH GRUR 69, 292 ff, 293;
"Hummel III" - GRUR 70, 250 ff, 252;
Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 391/2;
Ulmer-Reimer, Anm. 278; Möhring, FS/Hämmerle, S.239/40;
Ott, FS/Raiser, S.422;
"Upat - Dübel" - BGH v.25.11.64 - unveröffentlicht - I b ZR 176/62,
zit. bei Möhring, FS/Hämmerle, S.240

2) "Spritzgußengel" - BGH GRUR 70, 244 ff, 245;
"Fahrradschutzbleche" - BGH GRUR 63, 328 ff, 330;
zu der Parallele im Ausstattungsrecht, vgl.
"Nährbier" - BGH GRUR 60, 83 ff, 85/6;
"Buntstreifen I" - BGH GRUR 62, 144 ff, 149;
"Buntstreifen II" - BGH GRUR 69, 292 ff, 293:
Unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt könne allerdings eine solche Besonderheit der Wettbewerbslage Berücksichtigung finden.

## 2.2. Verkehrsbekanntheit

Für das Verbot der Leistungsübernahme genügt jedoch noch nicht die bloße Eignung bestimmter Merkmale, Herkunftsvorstellungen auszulösen; mit dem Erfordernis der E i g n u n g wird lediglich klargestellt, daß mit diesem Merkmal im Geschäftsverkehr noch keine realen, aktualisierten Herkunftsvorstellungen verknüpft sein müssen[1].

Erforderlich ist jedoch eine gewisse Bekanntheit des Marktprodukts, weil erst dann durch die Übernahme der kennzeichnenden Merkmale mit wettbewerblicher Eigenart eine k o n k r e t e V e r w e c h s l u n g s g e f a h r bezüglich der Herkunftsstätten eintritt[2].

---

1) "Buntstreifen I" - GRUR 62, 144 ff, 150; mißverständlich "Kindersaugflaschen" - GRUR 62, 242 ff, 247; Klarstellung ab "Rotaprint" - GRUR 63, 152 ff, 156; "Fahrradschutzbleche" - GRUR 63, 328 ff, 330; "Skai-cubana" - GRUR 67, 315 ff, 317; "Rekordspritzen" - GRUR 68, 698 ff, 702; "Buntstreifen II" - GRUR 69, 292 ff, 293; "Spritzgußengel" - GRUR 70, 244 ff, 245; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 394; Ulmer-Reimer, Anm. 279; dagg.: Hubmann, GRUR 75, 230 ff, 231, FN 21

2) "Natürlich in revue" - GRUR 61, 244/5; "Rotaprint" - GRUR 63, 152, 156; "Pulverbehälter" - GRUR 68, 591 ff; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 396.
Zu Unrecht lehnt v.Godin - U § 1, 103 - die Notwendigkeit einer gewissen Bekanntheit ab mit dem Argument, es "dürfe derjenige nicht besser gestellt werden, der wegen der vollen Erkenntnis, einen geistigen Diebstahl begangen zu haben, schnell handelt", noch ehe das Erzeugnis im Verkehr eingeführt ist, "als derjenige, der sich durch eigene, aber nicht ausreichende Leistung bemüht, eine Verwechslungsgefahr mit einem eingeführten Erzeugnis zu beseitigen und dabei erfolglos geblieben ist."
Er unterlegt damit dem Verbot der Leistungsübernahme nach § 1 UWG den Gedanken der Leistungsschutzrechte und verkennt den Zusammenhang zwischen der Herkunftsfunktion und der Verwechslungsgefahr bei § 1 UWG.

Während das Reichsgericht[1] Schutz gegen Nachahmung nur gewährte, wenn der Gegenstand Verkehrsgeltung erlangt hatte, d.h. sich die beteiligten Verkehrskreise daran gewöhnt hatten, in der ihn kennzeichnenden eigenartigen Aufmachung einen Hinweis auf eine bestimmte Herkunftsstätte zu erblicken, liegt nach heute allgemeiner Ansicht[2] die erforderliche Verkehrsbekanntheit unter dem Maß der Verkehrsgeltung i.S.d. Kennzeichnungsrecht, da sie nur das quantitative Minimum der relevanten Verwechslungsgefahr bestimmt, während die Verkehrsgeltung im Kennzeichnungsrecht fehlende ursprüngliche Unterscheidungsfähigkeit, die hier durch die wettbewerbliche Eigenart bereits gegeben ist, ersetzt[3].

---

1) "Huthaken - RGZ 120, 94/8;
"Hosenträger" - RGZ 144, 41/5, 47-49;
"Eßbesteck" - GRUR 40, 454/6

2) "Natürlich in revue" - GRUR 61 244/5;
"Kindersaugflaschen" - GRUR 62, 242 ff, 247;
"coffeinfrei" - GRUR 63, 423/8;
"Rotaprint" - GRUR 63, 152/6;
"Fahrradschutzbleche" - GRUR 63, 328/30;
"Pulverbehälter" - GRUR 68, 591 ff;
Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm. 15;
Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 394, 396;
Hubmann, GRUR 75, 230/1; Max, S. 34 ff

3) Dazu unten näher 4.2.5.; zum Versuch einer prozentualen Bestimmung der erforderlichen Bekanntheit, vgl. Harmsen, GRUR 68, 503 ff; Noelle - Neumann/Schramm, GRUR 66, 70 ff.

Soweit Herkunftsvorstellungen bestehen, genügt es, daß der Verkehr auf Grund der als maßgeblich erachteten Merkmale auf besondere Beziehungen organisatorischer oder wirtschaftlicher Art zwischen dem Initiator und dem Übernehmenden der Leistung schließt[1].

Teilweise wird jedoch die Wettbewerbswidrigkeit mit der Ausbeutung der im Verkehr verankerten Gütevorstellungen begründet, um für den eigenen Absatz Nutzen zu ziehen[2].

Insbesondere das Reichsgericht[3] stellte darauf ab, daß die imitatorische Leistung "von dem sich nach solchen Gegenständen umschauenden Durchschnittskäufer mit den bekannten, künstlerischen Ruf genießenden" Leistungen des Initiators verwechselt werden könnte.

Die Klärung der Frage, welche Kundenvorstellungen nun bestehen müssen, ob allein Herkunftsvorstellungen ausreichen, oder ob darüber hinaus Gütevorstellungen zu fordern sind, oder die Ware gar einen guten Ruf genießen müsse, ist auch nicht den Ausführungen der Literatur zu entnehmen.

---

1) "Rotaprint" - GRUR 63, 152 ff, 156; allg.M.; Max, S.33, 55 ff.

2) "Buntstreifen I, II" - BGHZ 35, 341 ff, 348/9 und GRUR 69, 292/3; "Skai-cubana" - GRUR 67, 315/8; "Spritzgußengel" - GRUR 70, 244 ff; "Hummel I" - BGHZ 5, 1; "Deutschlanddecke" - GRUR 58, 351/2; die Gütevorstellungen müssen sich nicht auf die herkunftshinweisenden Merkmale beziehen: "Zündaufsatz" - GRUR 66, 97 ff, 101; Ulmer-Reimer, Anm. 279; Möhring, FS/Hämmerle, S.239 ff, 240.

3) "Käthe-Kruse-Puppen" - RGZ 111, 254 ff, 255; "Makkaroni" - RGZ 146, 249.

Soweit zu den Herkunftsvorstellungen noch Gütevorstellungen hinzukämen, soll dies für den wettbewerblichen Schutz nur insofern von Bedeutung sein, daß ggf. ein größerer, deutlicherer Abstand einzuhalten sei[1].

Die Ansicht, die das Bestehen von Herkunftsvorstellungen für ausreichend erachtet, kann jedoch nicht damit begründet werden, daß "die hervorstechenden Warenmerkmale, die zur Eigenart führen und damit das jeweilige Produkt erst schutzwürdig machen, durchweg positive Eigenschaften der Ware oder zumindest vom Publikum als positiv empfundene" seien und es nahe liege, "wenn man auf Grund äußerer Merkmale die Ware als die eines bestimmten Herstellers erkennt, damit auch gleichzeitig eine besondere Gütevorstellung zu verbinden"[2].

Die Merkmale, die die wettbewerbliche Eigenart begründen, d.h., geeignet sind, auf einen bestimmten Hersteller hinzuweisen, müssen keineswegs positive Eigenschaften der Ware darstellen; sie können genau so vom Kauf abhalten. Die naheliegende Möglichkeit, Gütevorstellungen auszulösen, beantwortet die Frage gerade nicht, ob Gütevorstellungen vorliegen m ü s s e n . Solche Argumentation ist das Ergebnis eines verfehlten Leistungsschutzdenkens, begründet durch das Erfordernis der Schutzwürdigkeit der Leistung. Offengelegt wird dieser verfehlte Ansatz

---

1) Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm.20; ebenso "Pulverbehälter" - BGHZ 50, 125 ff, 132.

2) Max, S. 33/4.

in den weiteren Ausführungen von MAX für den Fall, daß die Ware einen guten Ruf genießt: Ist mit der Vorstellung von der Herkunft der Ware zugleich die Erinnerung an den guten Ruf des Herstellers verbunden und wird der Kunde durch die Verwechslung der initiatorischen mit der übernommenen Leistung in dieser Vorstellung getäuscht, so soll die darin liegende Ausnutzung des guten Rufs nach MAX[1] einen Sonderfall darstellen, der zum Grundsatz der Nachahmungsfreiheit in einer anderen Beziehung stehe. Der gute Ruf sei ein "Arbeitsergebnis besonderer Art" außerhalb des Verhältnisses des allgemeinen Wettbewerbsrechts zum Sonderrechtsschutz, das "auf der persönlichen Tüchtigkeit des Herstellers beruhe und somit originär" sei; deshalb könne man es "in diesem Zusammenhang als individuelles gewerbliches Eigentum" bezeichnen.

### 2.2.1. Besitzstand

Auch soweit in der Rechtsprechung ein "Besitzstandsschutz" in der Begründung Aufnahme gefunden hat, werden die Anforderungen an die, diesen Besitzstand begründenden Herkunftsvorstellungen nicht einheitlich beurteilt:

In der Rechtssprechung des Reichsgerichts taucht dieser Begriff lediglich in zwei Entscheidungen auf[2].

---

1) Max, S. 84-86

2) "Künstliche Blumen" - RGZ 135, 385 ff, 395;
"Hosenträger" - RGZ 144, 41 ff, 50

Während der Besitzstandsschutz in der früheren Entscheidung ohne Definition "dem Gewerbetreibenden vermöge seines Persönlichkeitsrechts im Bereich seiner Gewerbetätigkeit" gewährt wird, soweit der Besitzstand "mit redlichen Mitteln erworben" wurde, bezeichnet ihn das Reichsgericht in der späteren Entscheidung als einen Wert, der auf der Geltung im Verkehr beruhe. Dieser Wert beruhe darauf, daß die Leistung des Initiators Verkehrsgeltung habe und kraft dieser Bekanntheit im Verkehr als Leistung aus dem Betrieb des Initiators angesehen werde. Dieser Besitzstand werde vor der gewollten und bewußten Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr durch die Nachbildung geschützt.

Danach würden Herkunftsvorstellungen genügen, die sich allerdings breit durchgesetzt haben müßten.

Demgegenüber bezeichnet der Bundesgerichtshof den guten Ruf der Ware des Initiators als "Verkehrsbesitzstand"[1]. In anderen Entscheidungen führt er aus, das Publikum verbinde schon seit langem mit der ersten Leistung eine besondere Gütevorstellung; damit habe sich im Verkehr ein Gütebegriff verbunden, der in weiten Kreisen verbreitet sei. Der Hersteller habe damit einen "beachtlichen wettbewerblichen Besitzstand"[2].

Die Beschreibung dieses Besitzstandes führt deshalb bei der Bestimmung der erforderlichen Kundenvorstellungen nicht weiter.

---

1) "Nelkenstecklinge" - BGHZ 28, 387 ff, 391.

2) "Hummel I" - GRUR 52, 516, 520
"Hummel II" - GRUR 61, 581, 584.

2.2.2. Zwischenergebnis:

Eindeutige Feststellungen hinsichtlich der graduellen Anforderungen an die notwendig bestehenden Kundenvorstellungen sind der Rechtsprechung und Literatur nicht zu entnehmen.
Wettbewerbliche Bedeutung haben derartige Kundenvorstellungen nach den Ausführungen im 1. Teil der Arbeit, wenn sie kaufmotivierend sind.

Sind für einen wettbewerblichen Besitzstand individualisierende Kundenvorstellungen allein nicht erheblich, sondern kommt es darauf an, daß die aus der Kenntnis der Herkunft der Leistung resultierenden Kundenvorstellungen kaufmotivierend sind, dann sind Güteerwartungen oder das Vertrauen auf den guten Ruf des Herstellers graduelle Abstufungen kaufmotivierender Herkunftsvorstellungen.

Auch wenn diese Kundenvorstellungen für den Anbieter einen wirtschaftlichen Wert darstellen, ist allein durch den Umstand, daß sie Voraussetzung des wettbewerblichen Schutzes sind, noch nichts darüber gesagt, ob sie auch als solcher Wert geschützt werden sollen.

Dazu ist zunächst der Begriff und der Zusammenhang mit der weiteren Voraussetzung der Verwechslungsgefahr zu klären.

## 2.3. Verwechslungsgefahr

Der Begriff der Verwechslungsgefahr hat legislatorischen Niederschlag in § 31 WZG und weitere Ausprägung in der Literatur und Rechtsprechung gefunden. Da bei der wettbewerbsrechtlichen Prüfung eines Verbots der Leistungsübernahme wie im Kennzeichnungsrecht eine betriebliche Herkunftsverwechslung zu beurteilen ist, können insoweit die kennzeichnungsrechtlichen Grundsätze übertragen werden[1].

Nach allgemeiner Ansicht ist die reine Warenverwechslung wettbewerbsrechtlich unbeachtlich[2]. Dies ergibt sich daraus, daß andernfalls die Maxime der Nachahmungsfreiheit wegen der inmitteliegenden Warenverwechslung beseitigt wäre. Entscheidend ist vielmehr die Gefahr der betrieblichen Herkunftsverwechslung. Entsprechend der Herkunftsvorstellung, die sich mit einer Ware auf Grund der Merkmale mit wettbewerblicher Eigenart verbindet, genügt eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne, d.h. es genügt schon die irrige Annahme organisatorischer oder besonderer wirtschaftlicher Beziehungen, ohne daß der Verkehr die Erzeugnisse einem bestimmten, firmenmäßig iden-

---

1) Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm.17; Reimer-Trüstedt, 15.K., Anm.1; Baumbach-Hefermehl, § 31 WZG, Anm. 1, 2, 4; Max, S.50; Gast, S.85.

2) v.Godin, U § 1, Anm. 101; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 398; Max, S.52 ff, 54; Ulmer-Reimer, Anm. 282

tifizierten Unternehmen zuschreiben müßte[1].

Wie das Erfordernis der Verwechslungsgefahr bereits deutlich macht, müssen noch keine Verwechslungen vorgekommen sein; es genügt die Verwechslungsgefahr, die sich bereits mit dem Inverkehrbringen der übernommenen Leistung ergibt[2].

In einer neueren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof diesen Gefahrenzeitpunkt noch weiter vorverlagert, weil das Erzeugnis bereits kurze Zeit nach Aufnahme des Vertriebs in Frankreich auch in den übrigen maßgebenden Ländern Europas eingeführt worden ist und damit nach der Lebenserfahrung zu erwarten war, daß der Initiator seine Erzeugnisse in Kürze auch in der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrieb bringen würde, zumal er hier eine Tochtergesellschaft für den Vertrieb seiner Erzeugnisse auf dem deutschen Markt besitzt und auch die Gegebenheiten des Gemeinsamen Marktes der Europäischen Gemeinschaft eine solche Ausdehnung des Vertriebs nahelegen[3].

---

1) Allg.Ansicht; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.398; v.Godin, U § 1, Anm. 104; Ulmer-Reimer, Anm.282; Max, S.55 ff; Reimer-v.Gamm, 16.K., Anm.21; Reimer-Trüstedt, 15.K., Anm.8-10; Möhring, FS/Hämmerle, S. 241 m.Hinw.auf österr. Rspr.; "coffeinfrei" - GRUR 63, 423, 428; "Uhrenrohwerk" - GRUR 57, 37 ff; "Rotaprint" - GRUR 63, 152/6.

2) Allg.Ansicht; Reimer-Trüstedt, 15.K., Anm.2; v.Godin; U § 1, Anm.104; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 398; ders., § 31 WZG, Anm.20; Max, S.49; Storkebaum-Kraft, § 31, Rdn. 31 f.

3) "Ovalpuderdose" - BGH WRP 76, 370 ff, 371.

Die Feststellung dieser Gefahr ist eine Frage des Einzelfalles, deren Komponenten sowohl die unterschiedlichen angesprochenen Verkehrskreise und deren differenziertes Augenmerk - wie etwa zwischen einem fachmännischen Zwischenhändler und einem durchschnittlichen Endverbraucher - sind als auch der Gesamteindruck der zum Vergleich stehenden Leistungen, der durch den Grad der Annäherung wie durch die kennzeichnenden Elemente, die in der Gesamtleistung hervortreten und sie beherrschen, bestimmt wird[1].

"In erster Linie ist das Verhältnis, das zwischen den Parteien besteht zu berücksichtigen. Je bekannter daher ein Zeichen im Verkehr ist, je schlagkräftiger es noch wirkt, desto größer ist die Gefahr der Verwechslung bei einem Gegenzeichen, selbst wenn dieses an das andere Zeichen nur schwach anklingt"[2].

Zum richtigen Verständnis des Verbots der Verwechslungsgefahr ist der Normzweck zu klären:
Ausgehend von den am Wettbewerbsprozeß Beteiligten könnte der Normzweck darin liegen, den Besitzstand des Herstellers vor einer Beeinträchtigung durch die Herkunftsverwechslung zu schützen.
Durch die mit der Nachahmungsfreiheit verbundene Verwechslungsgefahr ist die Beeinträchtigung dieser Position programmiert.

---

1) Max, S.51; Reimer-v.Gamm, 16.K., Anm.22 ff; Storkebaum-Kraft, § 31, Rdn. 43 f, 47 f; innerhalb der spezifischen Verkehrskreise ist wiederum von einem "durchschnittlichen" Betrachter auszugehen - vgl. Gast, S. 85; Max a.a.O.

2) Wex, S.14 unter Zitat von Mittelstaedt, GRUR 27, 127 ff, 129; ebenso Witthüser, S. 35/6.

Ein Besitzstandsschutz unter dem Gesichtspunkt der vom Hersteller für diese Marktgeltung notwendigen Aufwendungen an Mühen und Kosten ist abzulehnen, da ein solcher Schutz wettbewerbsfremd wäre[1]. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Ersparung von Aufwendungen in der Natur der Leistungsübernahme liegt[2]; weiterhin daraus, daß selbst der sondergesetzliche Leistungsschutz nicht an den Arbeitsaufwendungen, sondern am Arbeitsergebnis ansetzt und man letztlich bei einer anderen Betrachtungsweise zu einem nahezu vollständigen Schutz der Arbeitsleistung gelänge, die den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit beseitigen würde[3].

Ein ohne Berücksichtigung der Aufwendungen am Marktergebnis orientierter Schutz, ein Schutz des Besitzstandes als Marktleistung, in Parallele zu den kodifizierten gewerblichen Schutzrechten, widerspricht dem Regelungsgehalt der wettbewerblichen Generalklausel, die auf die Überprüfung eines Wettbewerbsverhaltens beschränkt ist[4].

---

1) H.M.; vgl. "Apfel-Madonna" - BGHZ 44, 287 ff, 296; "Nelkenstecklinge" - BGHZ 28, 387 ff, 394; "Hummel III" - BGH GRUR 70, 250 ff, 253; Luchterhandt, GRUR 69, 581 ff, 582; Möhring, FS/Hämmerle, S.234; Burmann, WRP 71, 6 ff, 7; Reimer - v.Gamm, 29.K., Anm.4.

2) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.380

3) Ebenso Max, S. 109 - 114.

4) Ein Leistungsschutz findet jedoch Anklang bei Ulmer-Reimer, Anm. 290; Möhring, FS/Hämmerle, S.241: "Ausnutzen des wettbewerblichen Besitzstandes"; Tetzner, JR 65, S.7/9: "Umkreis, in den einzudringen er seinen Mitbewerbern verbieten kann".

Eine solche allein auf der faktischen Marktlage beruhende Erscheinung ist deshalb nicht geeignet, ein Monopolrecht zu begründen[1].

Die Maxime des Täuschungsverbots im gesamten Wettbewerbsrecht legt auf der anderen Seite den Schutz der Kunden und ihrer Kundenvorstellungen nahe. Entscheidend könnte danach sein, daß der Kunde nicht in seinen Kauferwartungen getäuscht werden darf.

Dabei ist es im Rahmen dieser wettbewerbsrechtlichen Beurteilung gleichgültig, ob die Imitation qualitativ gleichwertig, besser oder billiger ist, da der Umstand der Herkunftsverwechslung bestehen bleibt[2].

Der Schutzgrund des Verbots dieser Verwechslungsgefahr ergibt sich aus dem Zusammenhang mit der weiteren Voraussetzung der "Zumutbarkeit abweichender Gestaltung".

---

1) "Spritzgußengel" - BGH GRUR 70, 244 ff, 245

2) So etwa v.Godin, U § 1, Anm. 105;
"Pulverbehälter" - BGHZ 50, 135;
Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 399a;
im Ergebnis ebenso Burmann, WRP 71, 6 ff, 10;
Ott, FS/Raiser, S.403 ff, 422.

## 2.4. Zumutbarkeit abweichender Gestaltung

Nach einer verbreiteten Ansicht ergibt sich die Unlauterkeit aus der "Ausnutzung des fremden Rufs" durch die Verwechslung[1].

Die Problematik ergibt sich daraus, daß eine Leistungsübernahme wirtschaftlich erst sinnvoll ist, wenn die initiatorische Leistung auf dem Markt "gut ankommt".

Deshalb wird nach allgemeiner Meinung die Nachahmungsfreiheit insoweit eingeschränkt, als dem Imitator abweichende Gestaltungen, die diese Verwechslungsgefahr ausschließen, zumutbar sind.

Das Kriterium der "Zumutbarkeit abweichender Gestaltung" bildet den "Angelpunkt" für die Entscheidung zwischen der Nachahmungsfreiheit und dem Verbot der Leistungsübernahme.

Nach einer verbreiteten Ansicht[2] ist mit der Nichteinhaltung des zumutbaren Abstandes der Vorwurf verbunden, gegen die "wettbewerbliche Pflicht, Täuschungen auszuschließen", verstoßen zu haben. Diese Pflicht soll

---

1) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 399 a; Reimer in Anm. zu "Hummel II" - BGH GRUR 61, 585; Möhring, FS/Hämmerle, S.237, 241: Ausnutzung des wettbewerblichen Besitzstandes; "Buntstreifen II" - GRUR 69, 293: Nutzen ziehen aus dem überdurchschnittlichen Werbeaufwand.

2) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 388, 399 b, 402, 406, 411; von Godin, U § 1, Anm.98; Wilde, FS/Hefermehl, S.223 ff, 225; Max, S.66; Witthüser, S.33; "Pulverbehälter" - BGHZ 50, 125 ff, 131; "Buntstreifen" - BGHZ 35, 341 ff, 348; dagg. jetzt "Polsterstühle" - BGH WRP 78, 216 ff, 218.

sich aus der Abwägung der betroffenen Interessen, nämlich des Initiators an der Erhaltung seines Besitzstandes, des Imitators an der Leistungsübernahme, sowie der Interessen der Allgemeinheit, insbesondere an einer Unterbindung ungerechtfertigter Monopolbildung, ergeben[1].

Nach jener Ansicht soll auf Grund des Ergebnisses der Interessenabwägung nicht nur eine allgemeine Beurteilung möglich sein, ob gegen die wettbewerbliche Pflicht, Täuschungen auszuschließen, verstoßen wurde, sondern sollen auch die Modalitäten der im konkreten Einzelfall zuzumutenden Unterscheidungsmerkmale bestimmt werden können[2].

---

1) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 399 b;
Möhring, FS/Hämmerle, S. 241;
Ulmer-Reimer, Anm.290;
"Hummel II" - BGH GRUR 61, 581 ff, 583;
Max, S. 66.

2) Dazu ausführlich: Max, S. 57 ff.

2.4.1. Gefahr der Monopolisierung

Für den im Einzelfall einzuhaltenden Abstand hat die Praxis Fallgruppen entwickelt. So wird eine Unterscheidung zwischen technischem und nichttechnischem Bereich vorgenommen und wiederum unterteilt in technisch-notwendige und technisch-zweckmäßige Gestaltungen[1].

Dabei wird teilweise vertreten[2], technisch-notwendigen Gestaltungen fehle schon die Eignung, Herkunftsvorstellungen auszulösen. Diese Ansicht ist nicht haltbar. Denn nimmt der Hersteller auf dem Markt eine Alleinstellung ein, insbesondere im Anschluß an einen abgelaufenen technischen Sonderschutz, kann sich ohne weiteres an ein technisch-notwendiges Detail eine Herkunftsvorstellung anknüpfen[3].

Eine davon zu trennende Frage ist die der Schutzwürdigkeit technisch-notwendiger Details im konkreten Einzelfall, im Gegensatz zu ihrer Schutzfähigkeit im allgemeinen. Können damit im technischen Bereich auch die

---

1) Ulmer-Reimer, Anm. 273, 290; v.Godin, U § 1, Anm.105/6; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 400 - 405; Max, S.39 - 43, 69 - 77; Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm.19, 32, Rspr.-Hinweise s.dort; nach "Hummel II" - BGH GRUR 61, 581 ff, 583 ist die Unterscheidung der Fallgruppen nicht stets gerechtfertigt; ebenso Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 388, 406; Max, S.77; Ulmer-Reimer, Anm. 273.

2) Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 14, 18; Max, S.71; v.Godin, U § 1, Anm. 105;

3) Im Ergebnis ebenso Bezzenberger, S. 98; v.Moser, GRUR 30, 1163.

technisch-notwendigen Gestaltungen dem Verbot der Leistungsübernahme unterliegen, da auch sie grundsätzlich Herkunftsvorstellungen auslösen können, besteht kein Grund, die technisch-notwendigen von den bloß technisch-zweckmäßigen Gestaltungen zu unterscheiden. Die getrennte Behandlung in verschiedenen Fallgruppen birgt nur die Gefahr einer schematischen Anwendung, durch die wesentliche Grundgedanken verdeckt werden könnten. Sie sind deshalb im Begriff der technisch-funktionellen Gestaltungen zusammenzufassen[1].

Die Unterscheidung zwischen technischem und nicht-technischem Bereich wird damit begründet, bei nicht-technischen Leistungen seien weit eher Ausweichmöglichkeiten auf eine andere Gestaltung gegeben. Auch unter Berücksichtigung des jeweiligen Zeitgeschmacks verbleibe dem Imitator ein ausreichender Spielraum für eigene Gestaltungen, so daß kein zwingender Grund für die Leistungsübernahme gegeben sei. Deshalb seien in diesem Bereich weit eher abweichende Gestaltungen zumutbar[2].

Diese Ansicht ist die konsequente Folgerung aus der Annahme einer "wettbewerblichen Pflicht, Täuschungen auszuschließen": Das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten indiziert dann eine Ausweichpflicht durch Einhaltung eines bestimmten, "zuzumutenden" Abstandes.

---

1) Diese Begriffsbildung scheint auch in der Rechtsprechung Eingang gefunden zu haben; vgl. "Pulverbehälter" - BGH GRUR 68, 591 ff, 592 III 1. u. 2.

2) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 388, 406; Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 19, 32; Max, S.74; "Buntstreifen" - BGH GRUR 69, 292/3; "Spritzgußengel" - BGH GRUR 70, 244 ff, 246; "Modeschmuckanhänger" - BGH WRP 78, 885, 886.

Mit der Prüfung der Z u m u t b a r k e i t abweichender Gestaltung wird die Gefahr eröffnet, den Blickwinkel der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zu verschieben. Es sollen dämit nicht Erwägungen aus dem Bereich der Schuld angesprochen werden, sondern es geht um die Entscheidung zwischen Nachahmungsfreiheit und dem Verbot der Leistungsübernahme aus w e t t b e w e r b s r e c h t l i c h e n Gründen.

Wie die Überprüfung dieser Ansicht bei der Ermittlung des im Einzelfall einzuhaltenden, zumutbaren Abstandes ergeben wird, erfolgt die Entscheidung über die Zumutbarkeit abweichender Gestaltung im technischen, wie im nichttechnischen Bereich nach den gleichen Grundsätzen: Angelpunkt ist die G e f a h r der M o n o p o l i s i e r u n g .
Diese Gefahr ist im technischen Bereich eher gegeben.

## 2.4.2. Monopolisierungsgefahr als Ergebnis einer wirtschaftlichen Entscheidung.

Wie bereits ausgeführt wurde, sind technisch-notwendige Gestaltungen nicht a priori vom Verbot der Leistungsübernahme ausgenommen, da sich auch daran Herkunftsvorstellungen knüpfen können. Ist ein dafür bestehender Sonderrechtsschutz abgelaufen, hätte ein Verbot der Leistungsübernahme eine über die gesetzliche Schutzfrist hinausgehende Monopolisierung dieser Gestaltung zur Folge. Nach allgemeiner Ansicht ist eine solche Monopolisierung außerhalb der gewerblichen Schutzrechte zu verhindern[1].

Die Gefahr der Monopolisierung besteht nicht nur dann, wenn keine Ersatzlösungen zur Verfügung stehen, sondern auch dann, wenn vergleichbare Lösungen bestehen und jeder Hersteller vergleichbarer Leistungen auf die bestehenden Ersatzmöglichkeiten verweisen könnte, mit der Folge eines allenthalben gewährten Schutzes. Deshalb kann "unter mehreren Lösungen, die als angemessene Verwirklichung einer technischen Aufgabe erscheinen, frei gewählt werden"[2].

Bereits in den 30-er Jahren wurde von ALEXANDER-KATZ[3] und NOLTING-HAUF[4] die Gleichwertigkeit der Ersatz-

---

1) Max., S.69, 71; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 400; Wilde, S. 230

2) "Pulverbehälter" - BGH GRUR 68, 591 ff, 592; "Rotaprint" - BGH GRUR 63, 152 ff, 157.

3) JR 26, Sp. 373, 378/9.

4) MuW 1929, 430 ff, 433.

lösungen nicht nur im Hinblick auf die technischen Wirkungen beurteilt, sondern eine wirtschaftliche Betrachtung einbezogen. Spätestens seit den damit übereinstimmenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs[1] ist klargestellt, daß der Mitbewerber auch dann auf keine andere Gestaltung verwiesen werden kann, wenn die initiatorische Gestaltung in dem Sinne technisch-zweckmäßig ist, daß "ein vernünftiger Gewerbetreibender, der auch den Gebrauchszweck und die Verkäuflichkeit der Ware im Auge hat, diese Gestaltung dem offenbarten Stand der Technik einschließlich der praktischen Erfahrung als angemessene technische Lösung entnehmen kann"[2].

Wie der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung klargelegt hat, gilt der Grund für die zeitliche Befristung technischer Lehren und damit die Gemeinfreiheit nach Ablauf der Schutzfrist nicht nur dann, wenn keine Ersatzlösungen vorhanden sind, sondern auch dann, wenn bestehende Ersatzmöglichkeiten von den Mitbewerbern aus wirtschaftlichen Gründen nicht ausgenutzt werden.

Die damit ausgesprochene Priorität des Freihaltebedürfnisses und des Monopolverbots außerhalb der gesetzlichen Schutzrechte ist nicht auf den Bereich technischer Gestaltungen beschränkt, sondern erlangt auch in den Entscheidungen auf dem nichttechnischen Sektor Bedeutung[3].

---

1) "Pulverbehälter" - BGH GRUR 68, 591 ff.

2) Ebenso Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.400, 401; Droste in Anm.zu "Pulverbehälter" - BGH GRUR 68, 594/5; Max, S. 72 ff.

3) "Buntstreifen I" - BGHZ 35, 341 ff, 349; "formstrip" - BGH GRUR 62, 299 f, 303; "Fahrradschutzblech" - BGH GRUR 63, 328 ff, 330; "Hummel III" - BGH GRUR 70, 250 ff, 253; dazu auch Möhring, FS/Hämmerle, S. 241 ff, 242.

Dazu hat der Bundesgerichtshof wiederholt ausgeführt, daß die Anpassung an den Zeitgeschmack zulässig sein muß[1], da andernfalls ein den gesetzlichen Schutzrechten widersprechendes Monopol gewährt würde. Dies gelte auch dann, wenn der Initiator als erster mit einer modischen Neuheit auf dem Markt erschienen sei und einen großen Markterfolg erzielt habe oder auf dem neu geschaffenen Markt eine Sammlernachfrage geweckt habe[2], da sonst der Mitbewerber in unzumutbarer Weise beeinträchtigt würde. Der Zeitgeschmack lasse ausreichenden Spielraum, trotz abweichender Gestaltung das Angebot auf dem Markt zu bereichern, so daß im allgemeinen kein zwingender Grund zur identischen Übernahme gegeben sei[3].

Zu diesem Grundsatz hat der Bundesgerichtshof Ausnahmen zugelassen, die in der Literatur Zustimmung gefunden haben. Parallel zu den Ausführungen im technischen Bereich wurde die Übernahme nichttechnischer Gestaltungen freigegeben, weil keine genügenden Ausweichmöglichkeiten ohne erhebliche wettbewerbliche Nachteile für den Mitbewerber feststellbar waren.

---

1) "Buntstreifen I" - BGHZ 35, 341 ff, 349; "Hummel II" - BGH GRUR 61, 581 ff, 583; "Fahrradschutzblech" - BGH GRUR 63, 328 ff, 330; "Hummel III" - BGH GRUR 70, 250 ff, 252/3; "Trainingsanzug" - BGH GRUR 72, 546 ff, 547; "Modenneuheit" - NJW 73, 800 ff, 801; zustimmend: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 407; Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 19; Ulmer-Reimer, Anm. 290; v.Godin, U § 1, Anm. 102, 106.

2) "Fahrradschutzblech" - BGH GRUR 63, 328 ff, 330; "Hummel III" - BGH GRUR 70, 250 ff, 253; zustimmend: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 407; Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm.19; v.Godin, U § 1, Anm. 102, 106.

3) "Spritzgußengel" - BGH GRUR 70, 244 ff, 246; "Hummel II" - BGH GRUR 61, 581 ff, 583; "Buntstreifen II" - BGH GRUR 69, 292 ff.

Danach sei zu berücksichtigen, ob es sich bei den fraglichen Gestaltungen "um naheliegende, dem gegenwärtigen modischen Geschmack entsprechende Warengestaltungen handelt, auf die zu verzichten dem Nachahmer nicht zugemutet werden kann, falls er bei Verweisung auf abweichende Lösungen des Gestaltungsproblems dem Zeitgeschmack nicht gerecht werden könnte und damit in wirtschaftlich untragbarer Weise benachteiligt wäre"[1].

Im Falle der Hummelfiguren führte der Bundesgerichtshof aus, daß bei der äußeren Übereinstimmung zwischen den klägerischen und den anderen Figuren Stil, Motiv, Bekleidung und Bemalung, sowie das Werkmaterial stark mitwirkten, dies jedoch "sämtlich künstlerische Mittel (seien), die die Klägerin nicht auf dem Wege über das Wettbewerbsrecht für sich beanspruchen" könne[2].

Zu der an Naturprodukte angelehnten Musterung von Kunstleder begründete der Bundesgerichtshof die Übernahmefreiheit damit, daß den Mitbewerbern ein Verzicht auf eine solche, dem modischen Käufergeschmack entsprechende Gestaltung nicht hätte zugemutet werden können[3].

---

1) "Buntstreifen I" - BGHZ 35, 341 ff, 349; bestätigt: "form-strip" - BGH GRUR 62, 299 ff, 303; "Trainingsanzug" - BGH GRUR 72, 546 ff, 548; zustimmend: Möhring, FS/Hämmerle, S.241 ff, 242 mit Nachw.d.öster.Rspr.; Ulmer-Reimer, Anm. 290; v.Godin, U § 1, Anm.10.

2) "Hummel III" - BGH GRUR 70, 250 ff, 252/3.

3) "Skai-cubana" - BGH GRUR 67, 315 ff, 317/8.

Naheliegend wäre es gewesen, dieses Ergebnis damit zu begründen, daß es Sinn und Zweck des Kunstlederes ist, weitgehende Ähnlichkeit mit echtem Leder aufzuweisen und deshalb der Verzicht auf die der Natur entnommene Narbung des Kunstlederes einer Monopolisierung des Kunstlederes in der Hand des Initiators gleichkomme.

Entscheidend kommt es also im nichttechnischen Bereich ebenso darauf an, daß das Verbot der Leistungsübernahme durch das Erfordernis des zuzumutenden Abstandes nicht dazu führen darf, daß der Mitbewerber dadurch vom Markt gedrängt werden würde mit der Folge einer Monopolisierung einer Gestaltung außerhalb der gesetzlichen Schutzrechte. Für diese Gefahr der Monopolisierung ist es gleichgültig, ob sich das Fehlen zumutbarer Ersatzmöglichkeiten aus der Natur der Sache ("skai-cubana") oder der anderenfalls gegebenen Blockierung ganzer Stilrichtungen ("Hummelfiguren") oder auf Grund einer wirtschaftlichen Entscheidung der Mitbewerber, gemessen an einem vernünftigen Gewerbetreibenden, ergibt ("Buntstreifen", "form-strip", "Trainingsanzug"). Entscheidend ist, wie im technischen Bereich, die wettbewerbliche Auswirkung, nämlich die Verhinderung einer Monopolisierung[1].

Nach der dargestellten Ansicht ist die Entscheidung über die Zumutbarkeit abweichender Gestaltung die eines in der Regel einzuhaltenden Abstandes infolge der "wettbewerblichen Pflicht, Täuschungen auszuschliessen" mit der Ausnahme einer dadurch bedingten Monopolisierung der initiatorischen Leistung.

---

1) Ebenso Max, S.66-69, 74-77;
Bezzenberger, S.105.

## 2.5. Subjektives Erfordernis

Entgegen der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs[1] wird heute die Notwendigkeit einer Verwechslungs- oder Täuschungs**absicht** abgelehnt[2] und geht es nur noch darum, ob überhaupt subjektive Merkmale für die Anwendung des § 1 UWG erforderlich sind.

Nach wohl überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur[3] wird ein subjektives Unlauterkeitsmerkmal in der Form der Kenntnis der maßgeblichen Tatumstände gefordert, oder auch für ausreichend erachtet, daß sich der Verletzer "nicht um die Verwechslungsgefahr gekümmert" hat[4].

---

1) Vgl. dazu ausführlich Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm.6/7; Ulmer-Reimer, Anm.288; Wex, S.13; nach Witthüser, S.37, läßt jedoch die Täuschungsabsicht den Schluß auf eine (tatsächliche) Verwechslungsgefahr zu, da der Konkurrent innerhalb der betreffenden Verkehrskreise steht und deshalb die Folgen der Wettbewerbsmaßnahme richtig beurteilen kann. Diese Absicht lasse sich wiederum aus der Gleichheit oder Gleichartigkeit der Wettbewerbsmaßnahme schließen.

2) "Eßbestecke" - RG GRUR 40, 454 ff, 456: Durch die Novellierung (1936) des § 15 WZG a.F. ist die Voraussetzung der "Absicht" entfallen; "Ovalpuderdose" - BGH WRP 76, 370, 371.

3) Vgl. etwa Reimer-v.Gamm, 25.K., Anm.15; ders., 29.K., Anm.21; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.399 b; Ulmer-Reimer, Anm.287 ff; Max, S.77 ff; vgl. dort auch die jeweils angegebene Rechtsprechung; Tetzner, UWG § 1, Anm. 53-55.

4) Zum letzteren vgl. "Buntstreifen II" - BGH GRUR 69, 292/3; Ulmer-Reimer, Anm. 287.

Es ist jedoch zu unterscheiden, ob ein subjektives Unlauterkeitsmerkmal für die Feststellung der Sittenwidrigkeit o d e r für die Gewährung des Abwehranspruchs notwendig ist[1].

Die Feststellung der Sittenwidrigkeit ist grundsätzlich von einem subjektiven Unlauterkeitsmerkmal unabhängig, es sei denn, erst der subjektive Tatbestand, die mit der Wettbewerbshandlung verfolgten Zwecke und Motive, machen die Wettbewerbshandlung sittenwidrig. Denn nicht die subjektive Einstellung, sondern die Auswirkungen auf den Wettbewerbsprozeß sind maßgebend[2].

Vordergründig erhellt, daß dann die Gewährung eines Anspruchs ebenfalls nicht von der Kenntnis des Verletzers abhängig gemacht werden kann[3].

In der richterlichen Praxis bietet das subjektive Erfordernis keine Schwierigkeiten, da "nach der Lebenserfahrung davon auszugehen (ist), daß ein Kaufmann zumindest auf einem eng begrenzten Spezialgebiet ... die Werbung seiner Konkurrenz kennt"[4]. Daher wird in der Rechtsprechung die subjektive Einstellung notfalls unterstellt[5].

---

1) Ebenso v.Godin, U § 1, Anm. 77 ff.

2) v.Godin, U § 1, Anm. 77; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 121 ff, 124; Max, S.77 ff, 78; Mayer-Maly, S.44.

3) So v.Godin, U § 1, Anm. 79; Mayer-Maly, S.26, 44/5;
"Kuppelmuffenverbindung" - BGH GRUR 67, 596/7.

4) "Prospekte" - OLG Hbg., GRUR 72, 430 ff, 431; ebenso Witthüser, S. 39; ebenso Wex, S.15.

5) v.Godin,U § 1, Anm.50; "Bambi" - RG GRUR 60, 144 ff, 146

Von dieser Kenntnis ist umso mehr auszugehen, als das Verbot der Leistungsübernahme eine gewisse Bekanntheit der Leistung bei den Abnehmerkreisen voraussetzt (vgl. 2.2.), die dann erst recht bei den Mitbewerbern unterstellt werden kann.

In den verbleibenden Fällen, in denen ausnahmsweise dem "Verletzer" nicht einmal eine solche Kenntnis unterstellt werden kann, ist nach Ansicht der Vertreter, die das Unlauterkeitsmoment bei der Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel in einem moralischen oder ethischen Schuldvorwurf begründet sehen, ein Einschreiten auf Grund der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel nur für die Zukunft möglich, "wenn der Mitbewerber - das bisher nicht sittenwidrige - Tun fortsetzt, nachdem er das Bewußtsein erlangt hat, daß er ... Täuschungen veranlaßt"[1].

Dieses Ergebnis läßt sich jedoch unabhängig davon begründen, ob dem Verletzer ein Vorwurf, der Kenntnis der Tatumstände voraussetzt, gemacht werden kann: Eine Schadensersatzverpflichtung für die Vergangenheit erfordert über das allgemeine Wettbewerbsrecht hinaus mit der Ausnahme von Gefährdungshaftungstatbeständen grundsätzlich Verschulden, somit Kenntnis der Tatumstände.

---

1) Witthüser, S. 39.

Dies gilt jedoch nicht für den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, der seinem Wesen nach in die Zukunft gerichtet ist. Ohne daß es hierfür auf die Kenntnis der Tatumstände zur Begründung des Vorwurfs ankäme - die dann allerdings immer vorliegt[1] - ist der Unterlassungs- und Beseitigiungsanspruch im Falle objektiver Wettbewerbswidrigkeit gegeben.

Unter der Fragestellung, ob das subjektive Erfordernis ein wesentliches Abgrenzungskriterium zum gewerblichen Sonderrechtsschutz darstellt, das der Annahme eines ergänzenden Schutzes durch die wettbewerbliche Generalklausel entgegenstehen würde, gewinnt dieses Merkmal keine Bedeutung:
In der richterlichen Praxis erlangt es keine Bedeutung, da es angesichts des Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien unterstellt werden kann. Für den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch ist die Kenntnis bereits mit der Verwarnung gegeben. Für den Schadensersatzanspruch ist auch im Kennzeichnungsrecht Verschulden erforderlich, §§ 24 II, 25 II WZG.

---

1) vgl.Haß, GRUR 79, 361 ff, 366; "Badische Rundschau" - BGH GRUR 73, 203 ff, 204;
"Gebäude - Fassade" - BGH GRUR 77, 614 ff, 615.

## 3. Teil III: Eigene Stellungnahme

### 3.1. Kritik: Die pflichtenbegründende Funktion der Interessenabwägung, insbesondere die Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit.

#### 3.1.1. Vorbemerkung

Die Verweisung auf eine abweichende Gestaltung im Rahmen der Zumutbarkeit wird nach der dargestellten Ansicht mit der wettbewerblichen Pflicht, Täuschungen auszuschließen, begründet. Nach dieser Ansicht folgt die wettbewerbliche Pflicht aus dem Ergebnis einer Interessenabwägung und zwar zwischen dem Interesse des Initiators an der Erhaltung seines Besitzstandes, dem Interesse des Imitators an der Leistungsübernahme und den Interessen der Allgemeinheit an der Nachahmungsfreiheit, der Verhinderung von Monopolen und der Verhinderung einer Irreführung durch Verwechslung. Die Ausführungen zur Zumutbarkeit abweichender Gestaltung lassen die Grenze dort erkennen, wo das Verbot der Leistungsübernahme die Monopolisierung der initiatorischen Leistung bedingen würde.

Die Kritik richtet sich einmal gegen die Annahme einer pflichtenbegründenden Funktion der Interessenabwägung, da diese Abwägung nur als methodisches

Mittel der Sachverhaltsermittlung dient, die Wertung jedoch nicht zu ersetzen vermag[1].

Zum anderen richtet sich diese Kritik gegen die damit indizierte Anerkennung der Interessen des Initiators an der Erhaltung seines Besitzstandes. Denn ist der Besitzstand weder unter dem Gesichtspunkt der geleisteten Aufwendungen, noch als Marktwert im Absatzwettbewerb schutzfähig, so kann ein darauf gerichtetes Interesse eines Marktteilnehmers ebenfalls nicht geschützt sein. Letztlich ist zu berücksichtigen, daß es sich bei den genannten Interessen der Allgemeinheit um kollidierende Maximen handelt, denn die Leistungsübernahme in Ausübung der Nachahmungsfreiheit mit der Folge einer Beseitigung des temporären Monopols des Initiators indiziert die Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Leistungen. Die Entscheidung des Konfliktfalles dieser Maximen zu Gunsten der Übernahmefreiheit damit zu begründen, daß dem "Grundsatz der Zulässigkeit von Nachahmungen gemeinfreier gewerblicher Erzeugnisse der Vorrang einzuräumen (sei) vor der Vermeidung einer verbleibenden geringfügigen Verwechslungsgefahr"[2] stellt eine petitio principii dar und vermengt zudem fälschlicherweise "Unvermeidbarkeit" und "Geringfügigkeit der Verwechslungsgefahr".

---

1) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 80; Teubner, S.44; Möschel, Pressekonzentration, S.144; vgl. dazu ausführlich 3.1.5.

2) Max, S. 68.

Es entspricht jedoch allgemeiner Ansicht, das UWG schütze die Interessen der Allgemeinheit. Deshalb müßten diese Interessen bei der Interessenabwägung im Rahmen der wettbewerblichen Generalklausel Berücksichtigung finden.
SCHWARTZ hat in einem fundierten Aufsatz die Entwicklung der Allgemeininteressen in der Rechtsprechung dargestellt und die einschlägigen Entscheidungen mit dem Ergebnis überprüft: Soweit die Urteile im Ergebnis befriedigen, sei der Lehrsatz entbehrlich; soweit er die Entscheidung trage, befriedige das Urteil nicht[1].

Die bis heute bestehenden Schwierigkeiten bei der Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit oder der gleichgestellten Begriffe "Belange der Allgemeinheit", "öffentliche Belange", "öffentliches Interesse" beruhen auf dem diffusen Begriffsinhalt und der Uneinigkeit hinsichtlich der rechtsmethodischen Stellung innerhalb der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel[2].

---

1) Schwartz, GRUR 67, 333 ff, 342 Ziff.2

2) Kritisch dazu ebenfalls: Burmann, WRP 67, 71 ff; ders., WRP 68, 258 ff; Samwer, GRUR 69, 326 ff.

### 3.1.2. Entwicklung der Allgemeininteressen

Wie in den Arbeiten von SCHWARTZ und BURMANN nachvollzogen wurde, beginnt die Entwicklung der Berücksichtigung der Allgemeininteressen mit zwei Entscheidungen des Reichsgerichts aus den Jahren 1928 und 1930 zur Begründung der Klagbefugnis der gewerblichen Verbände nach § 13 I UWG.

Hierzu bedurfte es jedoch nicht des Rückgriffs auf die "öffentlichen Interessen", da sich die Klagbefugnis schon aus dem gesetzlichen Zweck dieser Vorschrift, die Verfolgung der Wettbewerbsverstöße nicht allein dem Belieben des jeweiligs betröffenen Mitbewerbers anheimzustellen, ergibt.

Mit dieser Verbandsklage kann ebensowenig wie mit der Verbraucherverbandsklage nach § 13 I a UWG ein öffentliches Interesse begründet werden, da diese Verbände satzungsgemäß partikulare gewerbliche bzw. Verbraucher-Interessen und nicht a l l g e m e i n e Interessen wahrzunehmen haben[1].

---

1) Schwartz, GRUR 67, 33; Burmann, WRP 67, 71 ff; zur Kontroverse, ob aus der - beschränkten - Klagbefugnis der Gewerbe- und Verbraucherverbände und damit aus der Anerkennung ihrer Interessen der Umkehrschluß mit einer Ablehnung darüber hinausgehender Interessen gezogen werden kann, vgl. in diesem Sinne Burmann, WRP 67, 71 ff und Schwartz, GRUR 67, 333 ff, 334 II, Ziff. 1 a.E. gegen: Nastelsky, GRUR 69, 322 ff, 324, Ziff. 5 a.E. und Sack, GRUR 70, 493 ff, 500.

Wie in diesen Arbeiten bereits dargelegt wurde, finden die "öffentlichen Interessen" zwar nicht mehr bei der Begründung der Aktivlegitimation Berücksichtigung, dagegen tauchen sie nun unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung bei der materiellrechtlichen Frage der Bewertung konkreter Wettbewerbshandlungen auf; damit wird ein Bruch in der Entwicklung dokumentiert.

Angesichts der heute verbreiteten Berücksichtigung der Allgemeininteressen sind Begriffsinhalt und rechtsmethodische Einordnung dieser Allgemeininteressen innerhalb der Interessenabwägung zu bestimmen und ihre praktische Relevanz bei der Entscheidung der einzelnen Fälle zu überprüfen.

### 3.1.3. Allgemeinheit - maßgeblicher Personenkreis

Die Klärung der Frage, wer diese Allgemeinheit, deren Interessen berücksichtigt werden sollen, darstellt, wird durch einen historischen Rückblick erhellt. Bei der legislatorischen Ausgangslage wurde der Wettbewerb als Prozeß unter Konkurrenten verstanden mit der Annahme der Gemeinwohlmaximierung durch die Konkurrenz der Einzelegoismen.

Auf dieser Grundlage gingen Rechtsprechung und Lehre bis Ende der 20er Jahre davon aus, das UWG aus dem Jahre 1909 schütze ausschließlich den Mitbewerber. Ob darüber hinaus vom Gesetzgeber dieser Norm ein Schutz der Marktgegenseite einbezogen war, ist strittig[1].

Im Gegensetz zu SACK[2] scheint mir die Anerkennung derartiger Kundeninteresse"aus den Materialien zu § 3 UWG nicht begründbar, da diese Vorschrift der Regelung der Werbung dient und damit nach damaliger Auffassung nicht dem Wettbewerb zuzuordnen war. Spätestens seit der Kodifizierung der Klagebefugnis der Verbraucherverbände besteht am Schutz der Marktgegenseite kein Zweifel mehr.

---

1) Möschel, Pressekonzentration, S. 133.

2) Sack, GRUR 70, 493 ff; diese Sonderstellung des § 3 UWG übersieht Sack: "Der Schutz gegen Mißbräuche, welche ... geeignet sind, berechtigte Interessen der Gewerbegenossen zu verletzen und das Publikum über die Herkunft, die Beschaffenheit oder den Wert der Ware zu täuschen" bezieht sich eindeutig nur auf § 3 UWG.

Gegenüber der individualrechtlichen, rein konkurrentenbezogenen Auslegung des UWG setzte sich gegen Ende der 20er und Anfang der 30er Jahre die sogenannte sozialrechtliche Betrachtung durch, die den Schutz der Konkurrenten auf die Marktgegenseite und die Allgemeinheit erweitert[1].

So sehr die Allgemeininteressen in der Folgezeit von der Rechtsprechung bei der Beurteilung wettbewerblichen Verhaltens herangezogen wurden[2], sind deren Inhalt und Konturen kaum faßbar geblieben[3].

Häufig werden unter den Allgemeininteressen alle nicht konkurrentenbezogenen Interessen zusammengefaßt, sowohl die der Marktgegenseite, als auch der nicht unmittelbar am Marktgeschehen beteiligten Personenkreise[4].

---

1) Möschel, Pressekonzentration, S.133; Schwartz, GRUR 67, 333 ff; Burmann, WRP 67, 71 ff; Knöpfle, Wettbewerb, S. 49 ff.

2) vgl. unten 3.1.4.

3) Möschel, Pressekonzentration, S.132 ff, 139.

4) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 85; Reimer-v.Gamm, 2.K., Anm. 3; Ott, FS/Raiser, S.403 ff, 418; Nastelsky, GRUR 69, 322 ff, 323; Eichmann, Vergleichende Werbung, S.115 ff; Schricker, Gesetzesverletzung, S. 244-246; ders., GRUR 74, 579 ff, 580; "Freiburger Wochenbericht" - BGH GRUR 56, 223 ff = NJW 56, 588/9: "Belange des Volkes im Ganzen"; dagegen: "Teletessen" - BGH GRUR 77, 225 ff: Allgemeinheit sind die angesprochenen Verkehrskreise und in diesem Fall die Gewerbetreibenden.

Mit einer so weitreichenden Zusammenfassung partikularer Interessen ist jedoch nichts gewonnen, da auch von den Vertretern dieser Ansicht eingeräumt wird, daß innerhalb dieser Allgemeinheit Interessengegensätze möglich sind, deren Schlichtung Abwägungskriterien erfordern.

### 3.1.4. Konkretisierung der Allgemeininteressen

Angesichts der Komplexität der Interessen innerhalb der Gesamtbevölkerung als einer pluralistischen Gesellschaft[1], setzt die Konkretisierung übergreifender Interessen die Annahme von Interessen "überindividueller und auch über Gruppeninteressen hinausgehender Art" voraus[2]. Entsprechend ihrer Entwicklung in der Rechtsprechung werden diese Allgemeininteressen unter verschiedenen Gesichtspunkten in Fallgruppen differenziert[3].

---

1) Knöpfle, Wettbewerb, S.54/5.

2) Schricker, GRUR 74, 579 ff, 580; ders., GRUR Int. 70, 32 ff, 38; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm.79; Reimer-v.Gamm, 2.K., Anm. 3, 1.Abs.

3) Vgl. etwa Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm.132 ff; Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 10; 25.K., Anm.2/3; 2.K., Anm.3/4.

Zu unterscheiden sind danach

1. - Die Berücksichtigung volks- und betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte.

2. - Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Erwägungen.

3. - Das Interesse der Allgemeinheit, daß sich der Wettbewerb in geordneten, lauteren Bahnen bewege, oder gleichbedeutend: Das Interesse der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs.

### 3.1.4.1. Die Berücksichtigung volks- und betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte

Beginnend mit der Diamantine-Entscheidung, deren Begründung in der späteren Persil-Entscheidung[1)] voll inhaltlich Eingang gefunden hat, führte das Reichsgericht aus, das Verschenken von Ware zu Werbezwecken verstoße "gegen allgemeine Grundsätze wirtschaftlicher Betriebsführung" und führe "zu einer unangemessenen, übertriebenen Belastung der Wirtschaft, deren Nachteile ... die Allgemeinheit" zu tragen habe, denn der Kaufmann müsse schließlich die Kosten in irgendeiner Form abwälzen. Damit seien die Belange der Allgemeinheit betroffen, nämlich Schutz vor Auswüchsen des Wettbewerbs, und müsse insoweit die kaufmännische Freiheit beschränkt werden.

---

1) "Diamantine" - RG GRUR 36, 810 ff, 812/3;
"Persil" - RG GRUR 38, 207 ff, 209.

Während in der Lockenwickler-Entscheidung[1] diese Grundsätze noch bestätigt wurden, die Entscheidung jedoch unter einem anderen Aspekt, nämlich der "Bedarfsdeckung, die dem entgeltlichen Warenabsatz vorbehalten bleiben soll", gerechtfertigt wurde[2], lehnte die Suwa-Entscheidung[3] die frühere Rechtsprechung insoweit ab, als darin betriebs- und gesamtwirtschaftliche Erwägungen angestellt wurden. Eine nähere Begründung unterblieb, da nach Ansicht des Gerichts diese Erwägungen im konkreten Fall unerheblich waren. Nach der eindeutigen Klarstellung in der Kleenex-Entscheidung[4] sind der Verstoß gegen betriebswirtschaftliche Grundsätze, sowie der Umstand, daß mittlere und kleinere Mitbewerber wirtschaftlich nicht in der Lage seien, sich derselben Werbemethode zu bedienen, unerheblich.

Weiterhin sei eine Wettbewerbsmaßnahme auch nicht allein deshalb wettbewerbswidrig, weil ihre Anwendung zu einer Sättigung des Marktes und zur Verdrängung der Mitbewerber geführt habe[5].

Diese neuere Rechtsprechung hat in der Literatur allgemein Zustimmung gefunden.

Die Berücksichtigung volks- und betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte als Konkretisierung der Allgemeininteressen kann deshalb aus der weiteren Betrachtung ausscheiden.

---

1) RG GRUR 39, 862 ff, 864.

2) vgl. 3.1.4.2.

3) BGH GRUR 57, 365 ff, 368.

4) BGH GRUR 65, 489 ff, 490/1.

5) Ebenso "Goldener Oktober" - BGH GRUR 69, 295 ff; zur Entwicklung dieser Rechtsprechung vgl. auch Kraft, FS/Bartholomeyczik, S.224/5; Schwartz, GRUR 67, 333 ff, 337; Rinck, FS/OLG Celle, S.163 ff; Reimer-v.Gamm, 32 K., Anm.16/7.

### 3.1.4.2. Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Erwägungen

Beginnend mit der Suwa-Entscheidung im Jahre 1957[1] stützte die Rechtsprechung die Ablehnung der unentgeltlichen Verteilung von Waren und Warenproben zu Werbezwecken, in Sonderheit die kostenlose Verteilung von Anzeigeblättern, nicht mehr auf einen Verstoß gegen betriebs- und volkswirtschaftliche Grundsätze, sondern auf die "Gefährdung des Bestandes des Wettbewerbs" und der dadurch bedingten "unbilligen Behinderung der Mitbewerber". Der Bundesgerichtshof führte aus, entscheidend sei nicht, daß schon durch diese einzelne Wettbewerbsmaßnahme eine zeitweilige B e d a r f s d e c k u n g bei den Verbrauchern erreicht werde, sondern, daß sie zu einer Nachahmung seitens solcher Unternehmen führen muß, die die genügende Kapitalkraft besitzen, um gleiche oder womöglich noch schwerwiegendere Aktionen durchzuführen und daß dadurch den nicht genügend kapitalkräftigen, mittleren und kleinen Unternehmen der Zugang zum Markt genommen werde, weil ihnen die Absatzmöglichkeiten infolge der eintretenden V e r s t o p f u n g d e s M a r k t e s abgeschnitten wären[2]. Auch wenn der Bundesgerichtshof damit nur die "wesenseigenen Wirkungen" (Suwa-Entscheidung) dieser Wettbewerbsmaßnahme überprüfen wollte, setzte er sich doch dem Vorwurf wirtschaftspolitischer Argu-

---

1) "Suwa" - BGH GRUR 57, 365 ff; vgl. zum Ganzen etwa Baumbach-Hefermehl, Einl.UWG, Anm. 133; Lehmann, GRUR 77, 21 ff.

2) Ebenso "Sunil" - BGH GRUR 57, 363 ff; "Westfalenblatt" - BGH GRUR 57, 600 ff; "Zahnprothesen-Pflegemittel" - BGH GRUR 63, 197 ff, 200.

mentation unter marktstruktureller Zielsetzung zu Gunsten eines Mittelstandsschutzes aus. Streitpunkt in der darauf einsetzenden Auseinandersetzung in der Literatur war denn auch nicht die Frage, o b der Bundesgerichtshof damit Wirtschaftspolitik betreibe, sondern die Frage der Legitimation dazu, also die Frage des Wertungsbereichs der wettbewerblichen Generalklausel[1].

Diese Kontroverse ist jedoch durch die Ausführungen in den nachfolgenden Entscheidungen gegenstandslos geworden. Seit der Kleenex-Entscheidung ist klargestellt,

- daß "eine Wettbewerbsmaßnahme nicht allein deshalb als wettbewerbswidrig angesehen werden kann, weil ihre Anwendung zu einer Sättigung des Marktes und zur Verdrängung der Mitbewerber vom Markt führt" 2)

- daß es "nicht Aufgabe der Rechtsprechung" sei, das "Hereindrängen kapitalkräftiger Unternehmen ... aus wirtschaftspolitischen Gründen aufzuhalten" 3)

- es "nicht entscheidend (sei), ob die mittleren und kleineren Mitbewerber in der Lage sind, sich derselben Werbemethoden zu bedienen" 4)
  das seien "Folgeerscheinungen, die keine allgemeine Behinderung darstellen" 5)

---

1) Vgl. etwa Kraft, FS/Bartholomeyczik, S. 228 ff, 231 f;
Sack, GRUR 70, 483 ff, 489.

2) "Kleenex" - BGH GRUR 65, 491.

3) "Goldener Oktober" - BGH GRUR 69, 298.

4) "Kleenex" - BGH GRUR 65, 491.

5) "Goldener Oktober" - BGH GRUR 69, 296 II 1;
"Westfalenblatt" - BGH GRUR 57, 601.

- daß es sich bei dem Merkmal der "Marktsättigung... nicht um eine unzulässige Einbeziehung wirtschaftspolitischer Gesichtspunkte in die wettbewerbsrechtliche Beurteilung (handelt), sondern um die Grundlage für die Feststellung, ob die angegriffene Werbemaßnahme die Gefahr einer unzulässigen Behinderung der Mitbewerber durch Marktsättigung mit sich bringt" 1).

Statt dessen sei entscheidend, daß mit dem massenhaften Verschenken von Originalware "ein Beeinflussungsmittel besteht, das die kritische Beurteilung der in Wettbewerb stehenden Angebote ausschaltet oder erheblich beeinträchtigt; denn es begreift sich, daß das massenhafte Verschenken den Blick des beschenkten Verbrauchers trügt und die Mitbewerber in unzulässiger Weise behindert, wenn es einen Umfang annimmt, der den Bestand des Wettbewerbs hinsichtlich der fraglichen Warenart erheblich gefährdet"[2].

---

1) "Goldener Oktober" - BGH GRUR 69, 298.

2) "Säuglingsnahrung" - OLG Mnch. BB 66, 513/4 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die "Kleenex"-Entscheidung; ebenso: "Goldener Oktober" - BGH GRUR 69, 297, Zif.2; "Colgate" - BGH GRUR 75, 26 ff, 28/9 und "Stuttgarter Wochenblatt" - BGH GRUR 69, 287 ff, 289: "Bei den Anzeigenblättern scheidet der Gesichtspunkt aus, die Empfänger könnten durch die Gratiszuwendung ihrerseits in ihrem Kaufentschluß unsachlich beeinflußt werden";
mißverständlich OLG Hamm, BB 65, 513/4: Durch die kurzfristige Bedarfsdeckung "sei die Befürchtung einer zeitweiligen Lahmlegung jeglichen Wettbewerbs", die "Behinderung oder gänzliche Ausschaltung der Mitbewerber , m.a.W., die Gefahr einer Marktverstopfung" nicht begründet. "Der begrenzte Umfang der Aktion (rechtfertige nicht) die Besorgnis, sie könne unter den kapitalstarken Wettbewerbern Nachahmer finden und auf diese Weise erhebliche Mißstände im Bereich des Wettbewerbs nach sich ziehen".

Entscheidend ist mithin die durch die unentgeltliche Verteilung ausgelöste Disfunktion des Wettbewerbsprozesses, indem für eine geraume Zeit auf dem Markt eine Bedarfsdeckung, eine Marktsättigung, erzielt wird, mit dem Ziel, die Entscheidungsfreiheit des Kunden zu beeinträchtigen. Diese Beeinträchtigung ergibt sich aus einer Kombination zweier Gesichtspunkte: Während durch die Bedarfsdeckung für eine bestimmte Zeit die Angebotsalternativen ausgeschaltet werden, tritt gleichzeitig eine gewisse Gewöhnung an diese Ware ein, die eine konkrete Aussicht auf Kundenpräferenzen nach Abschluß dieser Aktion und Wiedereröffnung des Marktes bietet.
Diese Gefahr entfällt dann, wenn die Aktion durch die Einführung eines neuartigen Produkts, für das auf dem Markt noch kein Bedürfnis besteht, einer Aufschließung des Marktes dient, und damit die Gewinnung zusätzlicher Käuferschichten auch den Mitbewerbern zu Gute kommt[1)], und ebenso, soweit sich die Maßnahme im Rahmen des Probezwecks hält. Im letzteren Fall ist es nach ständiger Rechtsprechung nicht erheblich, ob eine Warenprobe (= eine quantitativ geringere Menge als die Originalware) oder die

---

1) Vgl. etwa "Kleenex" - BGH GRUR 65, 491, Ziff.2, wo mit der Aktion bezweckt wurde, die Kundengewöhnung von Stofftaschentücher auf Papiertaschentücher zu ändern; ebenso "Goldener Oktober" - BGH GRUR 69, 297: Verteilung von Weinproben in einem Gebiet mit ausgeprägtem Bierkonsum.

Originalware selbst zur Verteilung gelangt[1].

Im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Verteilung von Waren (-proben) werden auch die Fälle einer Verteilung kostenloser Anzeigenblätter erörtert, jedoch unter Beachtung der sachlichen Unterschiede und des verfassungsrechtlichen Schutzes des Pressewesens.

Dieser verfassungsrechtliche Schutz des Pressewesens hatte im Jahre 1956 eindeutig die Berücksichtigung gesellschaftspolitischer Erwägungen zur Folge[2].

Es wurde als entscheidend angesehen, daß durch diese Maßnahme den Tageszeitungen mit redaktionellem Teil Inserenten abgezogen und damit eine gewichtige Finanzierungsgrundlage entzogen würde, die durch einen erhöhten Verkaufspreis nicht ausgeglichen werden könnte; die Folge sei die Gefährdung des Bestandes dieser Zeitungen mit redaktionellem Teil. Wegen der "hohen staatspolitischen Aufgaben (des Pressewesens) als Trägerin und Gestalterin der öffentlichen Meinung" ...[3] sie die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Verleger der Anzeigenblätter im Interesse der Pressefreiheit und des Pressewesens über Art.5 GG zu beschränken.

---

1) Ausführlich "Suwa" - BGH GRUR 57, 365 ff, 366, Zif.1 mit Bestätigung in "Kleenex" - BGH GRUR 65, 489 ff, 490, Zif.1 und "Goldener Oktober" - BGH GRUR 69, 295 ff 297, Zif.2; zur Berücksichtigung der aus wettbewerblichen Gründen naheliegenden Nachahmungsgefahr, vgl. "Suwa" - BGH GRUR 57, 365 ff; "Westfalenblatt" - BGH GRUR 57, 600 ff, 601; "Omo" - BGH GRUR 65, 542 ff, 545; "Kleenex" - BGH GRUR 65, 491 ff; "Goldener Oktober" - BGH GRUR 69, 295 ff, 296/7.

2) "Freiburger Wochenbericht" - BGH NJW 56, 588.

3) "Freiburger Wochenbericht" - BGH NJW 56, 589.

Diese eindeutig gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Erwägungen entstammen jedoch einer Zeit v o r der klarstellenden Ablehnung ihrer Berücksichtigung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Fälle der unentgeltlichen Verteilung von Waren (-proben).

Diese geänderte Rechtsprechung konnte wegen des Gesamtzusammenhangs der beiden Fallgruppen, der unentgeltlichen Verteilung einer Leistung, nicht ohne Auswirkungen auf die späteren Entscheidungen zu den kostenlosen Anzeigenblättern bleiben.

Entsprechend den Ausführungen zur unentgeltlichen Verteilung von Waren (-proben) überprüft der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 18.12.1968[1] nunmehr unter dem Gesichtspunkt einer "unbilligen Behinderung der Mitbewerber" (hier: der Verleger von Presseerzeugnissen mit redaktionellem Teil) das Vorliegen einer Beeinträchtigung und berücksichtigt erst dann die grundgesetzliche Wertung einer solchen Beeinträchtigung.
Die wettbewerbliche Betätigung der Herausgeber von Anzeigenblättern wird damit nicht mehr von vornherein über Art.5 GG beschränkt, sondern es wird zunächst die Beeinträchtigung geprüft und erst dieses Ergebnis einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen.

---

1) "Stuttgarter Wochenblatt I" - BGH GRUR 69, 287 ff

Dieser Einfluß der grundgesetzlichen Wertung ergibt sich nach allgemeiner Meinung aus der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf die privatrechtlichen Generalklauseln und somit deren Konkretisierung an den Wertmaßstäben des Grundgesetzes.

Damit wird weder eine "wertende Abstufung der einzelnen Presseerzeugnisse vorgenommen"[1], noch sind damit gesellschaftspolitische Zielsetzungen zum Gegenstand der Erörterungen gemacht. Vielmehr dient diese Wertung der Würdigung des wettbewerblichen Kollisionsfalles, der zuvor festgestellt werden muß, und der Überprüfung der Entscheidung auf ihre Verfassungskonformität[2].

Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs können sich zwar auch die Herausgeber von Anzeigenblättern auf Art.5 GG berufen, jedoch ist die institutionelle Garantie des Art.5 GG, die den Bestand eines freien und funktionsfähigen Pressewesens als unerläßliche Voraussetzung des freien Meinungskampfes schützt,

---

1) Dem dahingehenden Vorwurf Hefermehls in der Anmerkung zu "Stuttgarter Wochenblatt II" - BGH GRUR 71, 477 ff, 479 ist zuzugestehen, daß die hinter den Anzeigenblättern deutlicher sichtbaren kommerziellen Interessen nicht zu einer geringeren Wertung gegenüber den hinter anderen Presseerzeugnissen mit redaktionellem Teil stehenden Interessen führen dürfen. Die dahingehenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs sind nicht haltbar, sie sind jedoch im Ergebnis richtig.

2) Vgl. dazu "Lüth-Urteil" - BVerfGE 7, 198 ff, 208.

dem individualrechtlichen Schutz der freien Betätigung vorrangig, wenn diese Wettbewerbsmaßnahme "wegen ihrer Auswirkungen auf das übrige Pressewesen dem Allgemeininteresse zuwiderläuft"[1].

Mit der Einordnung des "Bestandsschutzes des Pressewesens" unter die Institutsgarantie des Art.5 GG und mit deren Geltung im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel über die Ausstrahlungswirkung des Grundrechts auf die privatrechtlichen Generalklauseln im allgemeinen erscheint die Berufung auf Allgemeininteressen und deren Konkretisierung durch wirtschafts- und gesellschaftspolitische Erwägungen entbehrlich.

Gleichwohl wird in den nachfolgenden Entscheidungen auf dem Pressesektor[2] "die gemeinschaftsschädliche Störung der Wirtschaftsordnung im Widerspruch zu Allgemeininteressen" als "Aufhänger" der rechtlichen Beurteilung vorangestellt, um dann die tatsächliche Beeinträchtigung des Konkurrenten - entsprechend der mit der Stuttgarter Wochenblatt I - Entscheidung eingeleiteten Rechtsprechung - in Parallele zu der unentgeltlichen Verteilung von Waren (-proben) an Hand

---

1) "Stuttgarter Wochenblatt I" - BGH GRUR 69, 287 ff, 290.

2) "Stuttgarter Wochenblatt II" - BGH GRUR 71, 477 ff, 478 II Zif.1; "Monatszeitschrift" - OLG Hbg. GRUR 74, 400 ff, 401 Zif.1; "WAZ-Anzeiger" - BGH GRUR 77, 668 ff, 669 III; "Süßwaren-Markt" - LG Hbg. WRP 79, 161 ff, 164;
nicht: "Feld und Wald II" - BGH GRUR 77, 608 ff.

der E r s a t z f u n k t i o n zu überprüfen[1].

Wie zwei Entscheidungen auf dem Pressesektor zeigen[2], ist allein mit der gleichen Thematik des redaktionellen Teils noch nicht die Ersatzfunktion begründet; vielmehr ist im Einzelnen zu prüfen, mit welcher Zielrichtung und Tendenz der redaktionelle Teil gestaltet wird, weil unterschiedliche Interessengruppen dahinterstehen (z.B. Industrie, Großhandel, Einzelhandel, Kunden) und zum anderen, welche Zielgruppen damit angesprochen werden, ob sie sich allein durch die Unentgeltlichkeit in der Wahl des Publikationsorgans beeinflussen lassen und ihr Informationsbedürfnis allein deshalb durch die unentgeltliche Zeitschrift befriedigen.
Dies wurde in diesen beiden Entscheidungen z.B. für die Zielgruppe der Führungskräfte in der Wirtschaft oder für die Zielgruppe der Unternehmen in Handel und Industrie auf einem bestimmten Wirtschaftssektor abgelehnt.

---

1) In den 4 Entscheidungen, in denen die "gemeinschaftsschädliche Störung der Wirtschaftsordnung" als rechtlicher "Aufhänger" diente, wurde keine Ersatzfunktion festgestellt, bzw. in der "WAZ-Anzeiger"-Entscheidung ausdrücklich nicht geprüft. Dagegen wurde in der bisher einzigen Entscheidung, in der der Klage wegen einer solchen Ersatzfunktion stattgegeben wurde, die Parallele zur unentgeltlichen Verteilung von Waren (-proben) zum tragenden Gesichtspunkt gemacht, ohne Erwähnung "gemeinschaftsschädlicher Störungen der Wirtschaftsordnung".

2) "Monatszeitschrift" - OLG Hbg. GRUR 74, 400 ff, 401; "Süßwaren-Markt" - LG Hbg. WRP 79, 161 ff, 164.

Bei der Prüfung der Beeinträchtigung ist der sachliche Unterschied zwischen der unentgeltlichen Verteilung von Waren (-proben) und Anzeigenblättern zu beachten.

Der Unterschied liegt zum einen in der Dauer der Aktion, die bei den Anzeigenblättern nicht befristet ist[1], sowie in der divergierenden Zielrichtung[2]: Bei der kostenlosen Verteilung der Anzeigenblätter geht es nicht darum, die Empfänger der Zeitung als Abonnenten oder Käufer zu werben, sondern darum, ein breites Publikationsorgan zu schaffen, mit dem Ziel, die Inserenten als Kunden zu gewinnen. Sie haben damit keine Ersatzfunktion gegenüber der Tagespresse.

Einen Sonderfall zu den Anzeigenblättern betrifft die Entscheidung "WAZ - Anzeiger"[3].
Unter Bezugnahme auf die vorangegangenen Entscheidungen zu Anzeigenblättern bestätigte der Bundesgerichtshof, daß die Verteilung von kostenlosen Anzeigenblättern nicht generell unzulässig ist. Im vorliegenden Fall liege jedoch die Wettbewerbswidrigkeit in der engen Verknüpfung der WAZ - Tagespresse mit dem WAZ - Anzeigenblatt durch die Titelidentität, gemeinsame redaktionelle Bearbeitung, Kombinationstarife für Anzeigen, gemeinsame Annahmestellen und massive Eigenwerbung für die Tageszeitung im gleichlautenden Wochenblatt.

---

1) "Stuttgarter Wochenblatt I" - BGH GRUR 69, 287 ff, 289 r.Sp.; "Feld und Wald II" - BGH GRUR 77, 608 ff, 610/1.

2) "Freiburger Wochenbericht" - BGH NJW 56, 588; "Stuttgarter Wochenblatt I" - BGH GRUR 69, 287 ff, 289; OLG Hbg. WRP 74, 45 ff, 46; LG Hbg. WRP 79, 161 ff.

3) "WAZ - Anzeiger" - BGH GRUR 77, 668 ff; vgl. dazu Möschel, Pressekonzentration, S.120 ff.

Damit werde das Anzeigenblatt als Werbemittel für die gleichlautende Tageszeitung eingesetzt mit einer wesentlichen Stärkung der Marktposition und einem Wettbewerbsvorsprung der WAZ, den konkurrierende Tageszeitungen auch nicht durch eigene Leistungssteigerung ausgleichen können.
Zu Recht wurde dem entgegengehalten[1], diese Gesichtspunkte seien auch in ihrer Addition nicht zur Begründung der Wettbewerbswidrigkeit geeignet, sondern erst auf dem Boden der spezifischen Marktverhältnisse dieses Falles mit einer überragenden Stellung der WAZ im Sinne des § 22 I Nr. 2 GWB. Erst im Zusammenhang mit dieser Marktposition führt die angegriffene Wettbewerbsmaßnahme zu einem "Wettbewerbsvorsprung der WAZ, den konkurrierende Tageszeitungen auf diesem regionalen Markt auch nicht durch eigene Leistungssteigerung ausgleichen können".
Unter der Fragestellung, ob im Rahmen des § 1 UWG von der Rechtsprechung wirtschaftspolitische Erwägungen getroffen werden, ist festzustellen, daß mit diesem Kriterium die mögliche Disfunktion des Wettbewerbsprozesses im Vordergrund steht.

Das vom Bundesgerichtshof bei der Gratisverteilung von Waren (-proben) herausgestellte Unlauterkeitsmoment der Befristung der Akton bis zu Erzielung des Gewöhnungseffekts wurde in neueren Entscheidungen auf dem Gebiet konkurrierender Fachzeitschriften zum gewichtigen Einwand der beklagten Herausgeber[2].

---

1) Möschel, Pressekonzentration, S.120 ff, 121/2

2) vgl. "Monatszeitschrift" - OLG Hbg. GRUR 74, 400 ff; LG Hbg. WRP 79, 161 ff, 164; "Feld und Wald II" - BGH GRUR 77, 608 ff.

Von diesen wurde vorgebracht, Ziel ihres Handelns sei nicht, die Empfänger der Fachzeitschriften, und damit auch die Kunden der Konkurrenten, zum Bezug ihrer Fachzeitschrift zu veranlassen, sondern erklärte Absicht sei, bestimmte Zielgruppen vollständig und auf Dauer anzusprechen,um so für Anzeigenaufträge ihrer Insertionskunden ein interessantes Werbemittel zur Verfügung zu stellen.

In der "Feld und Wald II" - Entscheidung[1)] begründete die beklagte Herausgeberin die Versendung von Freiexemplaren dazuhin mit der Tatsache, daß sie den Inserenten eine bestimmte Auflagenstärke zugesichert habe, die sie durch den entgeltlichen Vertrieb nicht erreichen könne.
Der Bundesgerichtshof hat dies seiner Entscheidung als Hauptzweck der Maßnahme unterstellt, jedoch entgegengehalten, daß sich die "wettbewerbliche Auswirkung nicht auf den Anzeigenmarkt beschränke, sondern sich auch auf den Wettbewerb um Leser und Abonnenten erstrecke". Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs waren die Blätter der beiden Parteien jeweils geeignet, das andere voll zu ersetzen, da sie in ihrem redaktionellen Teil in gleicher Weise die Bedürfnisse der Leser befriedigten. Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit auf dem einen Markt könne nicht die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit auf dem anderen Markt kompensieren, sondern müsse auf jedem der beiden Märkte zulässig sein.

---

1) "Feld und Wald II" - BGH GRUR 77, 608 ff, 610/1.

Mit der Feststellung, daß der redaktionelle Teil dieser Zeitschrift im Vertriebsbereich eine Ersatzfunktion zu den anderen Fachzeitschriften habe, ist insoweit die Parallele zur unentgeltlichen Verteilung von Waren (-proben) offenbar. Im Unterschied zu jener Fallgruppe fehlt hier jedoch das zweite Unlauterkeitsmoment der Befristung der Aktion.
Der Bundesgerichthof hat in der "Feld und Wald II" - Entscheidung diesen Unterschied mit einem Erst-recht-Schluß beseitigt[1]. Unter Bezugnahme auf die "Kleenex"-Entscheidung entnimmt er der Fallgruppe der unentgeltlichen Verteilung von Waren (-proben) den "unausgesprochenen Grundsatz, daß das ständige Verschenken von Ware, die ständige Gratislieferung, gegen § 1 UWG verstößt".

Er übersieht damit das spezifische Kriterium jener Fälle, das in der temporären Ausschaltung alternativer Angebote mit einem gleichzeitigen Gewöhnungseffekt an das unentgeltlich verteilte Produkt liegt mit der konkreten Aussicht auf Kundenpräferenzen nach Abschluß dieser von vornherein befristet gedachten Aktion und Wiedereröffnung des Marktes. Er übersieht damit die eigenständige Bedeutung dieses zeitlichen Moments, das auch der wettbewerbswidrigen Preisunterbietung zu Grunde liegt; letztlich ist die Unentgeltlichkeit die massivste Form der Preisunterbietung.
Die Gratisverteilung von Waren (-proben) kann aus Kostengründen nur zeitlich begrenzt durchgeführt werden und besteht deshalb auch von vornherein die Zielsetzung, nach Abschluß der Aktion die Waren ent-

---

1) "Feld und Wald II" - BGH GRUR 77, 608 ff, 611.

geltlich zu vertreiben. Darin liegt das spezifische Unlauterkeitsmoment dieser Fälle.

Die unrichtige Schlußfolgerung des Bundesgerichtshofs in der "Feld und Wald II"-Entscheidung wirkt sich jedoch im Ergebnis nicht aus, da sich aus dem Sachverhalt dieser Entscheidung eindeutig ergibt, daß auch die teilweise unentgeltliche Verteilung der Auflage dieser Zeitschrift nur solange und in dem Umfang erfolgen sollte, als die garantierte Mindestauflage von 64.000 Stück (tatsächlich insgesamt: 64.261) nicht erreicht wird.

Die eigenständige Bedeutung der zeitlichen Begrenzung einer Aktion hat auch die Beklagte in der "Süßwaren-Markt"-Entscheidung erkannt und - entgegen ihrem ursprünglichen Vorhaben eines entgeltlichen Vertriebs zum Jahres-Bezugspreis von DM 48,--, wobei lediglich die unverkäuflichen Exemplare der Startauflage unentgeltlich verteilt werden sollten- angekündigt, sie werde zukünftig fortdauernd 100 % der Auflage unentgeltlich vertreiben.
Wenn dem so ist, dann ist die Ansicht des erkennenden Gerichts sicher richtig, daß es eine wirtschaftliche Entscheidung des Verlegers ist, zu welchen Anteilen er die Kosten aus Verkaufserlösen und aus Anzeigeneinnahmen decken will. Offen bleibt jedoch, ob solche allein aus Anzeigen finanzierten Publikationsmittel wegen des damit notwendigen Umfangs der Inserate und des aus Kostengründen notwendigerweise beschränkten redaktionellen Teils überhaupt noch Ersatzfunktion haben können:

Durch den notwendigen umfangreichen redaktionellen Teil der Tagespresse ist eine Kompensation der Aufwandskosten allein durch Anzeigeneinnahmen kaum denkbar.
Anders liegt es vielleicht bei Verbandszeitschriften, wie im vorliegenden Fall. Aber selbst dann, wenn dort eine Ersetzung in Umfang, Zielrichtung und Tendenz gegeben sein sollte, wäre eine Beeinträchtigung der Konkurrenten allein aus diesen Erwägungen nicht wettbewerbswidrig, da die Beeinträchtigung der Mitbewerber - wie der Bundesgerichtshof des öfteren bereits ausgeführt hat - zum Wesen des Wettbewerbs gehört und die Institutsgarantie des Art 5 GG in diesem Fall keine andere rechtliche Beurteilung erfordert.

Zusammenfassung:

Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Erwägungen sind nach heutiger Ansicht zur Beurteilung der unentgeltlichen Verteilung von Waren (-proben) nicht erforderlich und wurden von der Rechtsprechung auch ausdrücklich aufgegeben. Entscheidend für die Beurteilung ist die Disfunktion des Wettbewerbsmechanismus, die in der temporären Ausschaltung von Angebotsalternativen mit einem gleichzeitigen Gewöhnungseffekt an das unentgeltlich verteilte Erzeugnis liegt, wobei jedoch die Wiedereröffnung des Marktes durch den entgeltlichen Absatz von vornherein festgelegt ist.

Die unentgeltliche Verteilung von Presseerzeugnissen erfordert dem Grunde nach keine andere rechtliche Beurteilung; es sind jedoch die sachlichen Unterschiede zu beachten:

1. Dieser Unterschied besteht zum einen darin, daß die Maßnahme (ausgenommen die Feld und Wald II - Entscheidung) langfristig angelegt ist. Damit entfällt das spezifische Unlauterkeitsmoment des befristeten "Verkaufs unter Preis".

2. Die Substitutionsfähigkeit der reinen Anzeigenblätter gegenüber den Presseerzeugnissen mit maßgeblichem redaktionellen Teil besteht nicht. Bei der kostenlosen Verteilung von Fachzeitschriften mit gleicher Thematik bedingen die unterschiedlichen interessierten Kreise unterschiedliche Zielrichtung und Tendenz der Beiträge und verhindern damit eine Ersatzfunktion.

Die rechtliche Beurteilung der Presseerzeugnisse unter dem Gesichtspunkt der "Beeinträchtigung des Bestandes des Pressewesens" und der "gemeinschaftschädlichen Störung der Wirtschaftsordnung" ist keiner Verallgemeinerung im Hinblick auf die Berücksichtigung wirtschaftspolitischer Erwägungen zugänglich, sondern in der Institutsgarantie des Art. 5 GG begründet. Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Erwägungen greifen nicht Platz.

### 3.1.4.3. Interesse der Allgemeinheit an der Lauterkeit

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich die Literatur angeschlossen hat, sind nicht nur die Mitbewerber vor unlauterem Wettbewerb, sondern auch die Allgemeinheit vor den Auswüchsen des Wettbewerbs zu schützen[1].

Dazu führt er aus, untragbar sei eine Wettbewerbsmaßnahme jedenfalls dann, wenn sie das mit jeder Werbung mehr oder weniger verbundene noch tragbare Maß der Belästigung überschreite[2].

Für die Grenze der zumutbaren Belästigung sei auch zu berücksichtigen, ob die Wettbewerbsmaßnahme "den Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen in sich trägt und damit zu einer Verwilderung der Wettbewerbssitten führt", weil die Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen gezwungen wären, diese Wettbewerbsmethode nachzuahmen[3].

---

1) "Telefonwerbung" - BGH GRUR 70, 523 ff, 524 m.w.Nachw.; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 79, 134;
Reimer-v.Gamm, 32.K., Anm.1 und 2 K., Anm.3

2) "Werbewagen" - BGH GRUR 65, 315/6 m.w.Nachw.

3) "Telefonwerbung" - BGH GRUR 70, 523 ff, 524 m.w.Nachw.

Der Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr wurde entgegengehalten, sie bezwecke eine "Multiplizierung unerwünschter Handlungen, um das nötige Gewicht für einen Sittenverstoß zu erhalten"[1].

Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur Nachahmungsgefahr zeigen aber, daß dieser Gesichtspunkt lediglich zur Verdeutlichung der sachlichen Problematik herangezogen wurde[2]. Ein eigenständiges Gewicht kommt diesem Gesichtspunkt nicht zu.

Mit der Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr ist nach dieser Rechtsprechung nicht ausgedrückt, daß erst bei einer allgemeinen Verbreitung einer mißbilligten Wettbewerbsmethode die Allgemeininteressen betroffen wären, sondern damit soll "in Zweifelsfällen - d.h., wenn die Beurteilung der konkreten Wettbewerbsmaßnahme in ihrem gegenwärtigen Umfang zu keinem eindeutigen Ergebnis führt - eine sichere Klärung ermöglicht" werden[3].

---

1) Vgl. die Auseinandersetzung in "Kleenex" - BGH GRUR 65, 489 ff; zustimmend: Reimer-v.Gamm, 28.K; Lehmann, GRUR 74, 133 ff, 138.

2) "Progressive Kundenwerbung" - BGHZ 15, 356 ff, 366; "Bienenhonig" - BGH GRUR 59, 285 ff; "Künstlerpostkarten" - BGH GRUR 59, 277 ff, 279; "KFZ-Nummernschilder" - BGH GRUR 60, 431 ff, 432; "Werbewagen" - BGH GRUR 65, 315 ff, 316; "Waschkugel" - BGH GRUR 67, 254; "Grabsteinaufträge" - BGH GRUR 67, 430 ff, 431; "Fernsprechwerbung" - BGH GRUR 70, 523; "Lichdi-Center" - BGH GRUR 71, 322 ff, 323; "Besichtigungsreisen" - BGH GRUR 72, 367 ff; "Feld und Wald II" - BGH GRUR 77, 608 ff, 611.

3) "Werbewagen" - BGH GRUR 65, 315 ff; noch schwerwiegendere oder noch wirksamere Wettbewerbsmethoden haben bei dieser Betrachtung auszuscheiden; entscheidend ist allein, ob gerade diejenige Wettbewerbsmaßnahme nachgeahmt wird, deren wettbewerbsrechtliche Beurteilung in Rede steht;
vgl. "Omo" - BGH GRUR 65, 542 ff, 545.

Daraus ergibt sich, daß den Interessen der Allgemeinheit entgegenstehende "Wettbewerbsauswüchse" nicht erst dann gegeben sind, wenn bestimmte Wettbewerbshandlungen eine gewisse Verbreitung gefunden haben, sondern schon eine einzelne Wettbewerbsmaßnahme genügen kann.

Zur Bestimmung der "Auswüchse des Wettbewerbs", die mit der "Überschreitung des noch tragbaren Maßes der Belästigung" nur als Leerformel[1] wiedergegeben werden, gilt es, die einschlägigen Entscheidungen auf übereinstimmende sachliche Strukturen zu überprüfen.

Die Gemeinsamkeit der Fälle, in denen nach der Rechtsprechung die Allgemeinheit vor Wettbewerbsauswüchsen oder einer Verwilderung der Wettbewerbssitten geschützt werden sollte, besteht zunächst darin, daß sie durchweg der Werbung angehören.

In all diesen Fällen, die allgemein mit den Begriffen des "psychologischen Kaufzwangs"[2] und des "übermäßigen Anlockens"[3] charakterisiert werden, zeichnet sich eine übereinstimmende Absatzstrategie der Mitbewerber ab, die auf die Ausnutzung nicht (markt-) leistungsorientierter Sachzwänge gerichtet ist[4].

---

1) Zum Begriff der Leerformel vgl. Topitsch Logik der Sozialwissenschaften, S. 17 ff, 23/24.

2) Dazu ausführlich Bülow, GRUR 74, 254 ff.

3) Dazu Hoth, GRUR 74, 547 ff.

4) Dazu Knopp, GRUR 71, 164.

Das Mittel dazu ist in den Fällen des psychologischen Kaufzwangs die Ausnutzung einer psychischen Disposition des Kunden, sei es, daß sie erst durch den Appell an das soziale Mitleid oder an die Moral mobilisiert werden muß[1] oder bereits vorliegt[2].

Dieselbe Absatzstrategie, jedoch im Ansatz auf die Geschäftsanbahnung, insbesondere auf die Anbahnung des ersten Kundenkontakts vorverlegt, findet sich in den Fällen der Zusendung unbestellter Ware[3] und in den Fällen überraschender Vertreterbesuche anstelle schriftlicher Angebotsunterbreitung[4].

---

1) "Künstlerpostkarten" - BGH GRUR 59, 277 ff, 279;
"Blindenseife" - BGH GRUR 59, 143 ff, 145;
"Versehrtenbetrieb" - BGH GRUR 65, 485 ff, 487;
"Schwerbeschädigtenbetrieb" - BGH GRUR 68, 44 ff, 46/7;

2) "Bestattungsinstitut" - BGH GRUR 55, 541 ff;
"Grabsteinaufträge" - BGH GRUR 67, 430 ff;
"Grabsteinaufträge II" - BGH GRUR 71, 317;
"Gewinnübermittlung" - BGH GRUR 73, 81 ff:
Die Preisüberreichung bei einem Preisausschreiben wird zu einem Verkaufsgespräch genutzt, das den Gewinner dazu veranlassen soll, eine Bestellung unter Anrechnung des Gewinns auf den Kaufpreis aufzugeben.

3) "Künstlerpostkarten" - BGH GRUR 59, 277 ff;
"Verbandsstoffe" - BGH GRUR 60, 382;
"Taxibestellung" - BGH GRUR 65, 361/2;
"Indikator" - BGH GRUR 66, 47 ff;
"Erotik in der Ehe" - BGH GRUR 70, 557;
"Filmzusendung" - BGH GRUR 77, 157 ff.

4) "Fernlehrkurs" - OLG Stuttgart GRUR 70, 613;
"Farbbildangebot" - BGH GRUR 68, 648;
"Schlankheitskur" - BGH GRUR 71, 320;
"Präsentation" - BGH GRUR 76, 32 ff;
Lehmann, GRUR 74, 133 ff, "Direktvertrieb".

Diese Anbahnung der Kundenkontakte ist in Rechtsprechung und Literatur wegen der damit verbundenen "Belästigung" untersagt worden. Dies gilt selbst dann, wenn der Vertreterbesuch schriftlich angekündigt wird unter Beifügung einer Rückantwortkarte mit dem Hinweis, falls der Hausbesuch nicht erwünscht sei, solle die Postkarte an das werbende Unternehmen zurückgeschickt werden[1]. Diese Belästigung werde jedoch "nicht wegen des Umstandes allein, daß der Umworbene diese Werbung als unbequem oder aus sonstigen Gründen als lästig empfindet" untersagt, sondern auf Grund einer Abwägung und des Vorrangs eines angemessenen Schutzes der Individualsphäre gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben Dritter[2].

Mit dieser Grundrechtsabwägung wurde auch die direkte mündliche[3] oder telefonische[4] Ansprache oder per Telex[5] zum Zwecke des Geschäftsabschlusses untersagt, und zwar gleichgültig, ob damit bereits das Werbegespräch stattfindet oder nur ein Termin dafür vereinbart werden soll[6].

---

1) OLG Karlsruhe, WRP 73, 231 ff.

2) "Künstlerpostkarten" - BGH GRUR 59, 277 ff; "Werbewagen" - BGH GRUR 65, 315 ff; "Fernsprechwerbung" - BGH GRUR 70, 523 ff; "Erotik in der Ehe" - BGH GRUR 70, 557 ff; BVerfG zu "Grabsteine II" in GRUR 72, 360; Lehmann, GRUR 74, 133 ff, 136-138.

3) "KFZ-Nummernschilder" - BGH GRUR 60, 431 ff; "Werbewagen" - BGH GRUR 65, 315 ff; "Werbung am Unfallort I, II" - BGH GRUR 75, 264 ff, BGH GRUR 75, 266 ff.

4) "Fernsprechwerbung" - BGH GRUR 70, 523 ff.

5) "Telex-Werbung" - BGH GRUR 73, 210 ff.

6) KG Berlin WRP 75, 445 ff, 447; dazu ausführlich, insbesondere auch zur Auswertung eines demoskopischen Gutachtens, KG Berlin WRP 78, 373 ff.

Bei einer individuell gestalteten Briefwerbung kann jedoch die Sachlage anders liegen, so daß nicht von vornherein eine Persönlichkeitsrechtsverletzung angenommen werden muß und die Gefahr einer unzumutbaren Belästigung ein so geringes Ausmaß annimmt, daß sie gegenüber den Interessen der werbenden Wirtschaft an einer gezielten Individualwerbung und in Anbetracht der Tatsache, daß viele Umworbene an einer Information durch derartige Werbeschriften ein berechtigtes Interesse haben, vernachlässigt werden kann[1].

Mit einer solchen grundgesetzlichen Wertung wird das wettbewerbliche Charakteristikum allzu leicht verdeckt.

Der wettbewerblich relevante Gesichtspunkt ist auch hier die Beeinträchtigung der freien Entscheidung des Kunden, da diese Freiheit nicht nur die Möglichkeit zur sachlichen, leistungsorientierten Entscheidung, sondern auch die freie Entscheidung darüber gewährleistet, ob überhaupt eine Auswahl zwischen den Angebotsalternativen getroffen werden soll, m.a.W. wird auch die Entscheidung über die Initiative zur Auswahl freigestellt[2].

---

1) "Briefwerbung" - BGH WRP 73, 329 ff, 330.

2) Ebenso Ott, FS/Raiser, S. 403 ff, 430:
"Die vom Kunden gewollte Distanz zum Angebot wird gegen seinen Willen entscheidend reduziert und damit zugleich auch seine Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt";
"Gewinnübermittlung" - BGH GRUR 73, 81 ff.

Einen weiteren Fall übermäßigen Anlockens und damit der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Kunden ist in der neueren Zeit in der Zuwendung von Werbegaben gesehen worden.

Diese Werbegaben bestehen entweder in einer unentgeltlichen Dienstleistung[1], insbesondere in einer unentgeltlichen Kundenbeförderung[2], oder in der Verteilung von Sachwerten anläßlich einer Werbeveranstaltung[3].

Entscheidend ist dabei, daß der Kunde mit außerhalb des eigentlichen Angebots liegenden übermäßigen Werbegaben von einem sachlichen Angebotsvergleich abgelenkt werden soll und damit in seiner Entscheidungsfreiheit zwischen den Angebotsalternativen beeinträchtigt wird[4].

Damit ist das Interesse der Allgemeinheit an einem Schutz vor Wettbewerbsauswüchsen und vor der Verwilderung der Wettbewerbssitten aufgelöst in dem durchgreifenden Merkmal des Schutzes vor einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Kunden und damit der Sicherung einer sachbezogenen Entscheidung.

---

1) "Wagenwaschplatz" - BGH GRUR 64, 509, 511; "Diagnose - Zentrum" - BGH GRUR 71, 162 ff.

2) "Lichdi-Center" - BGH GRUR 71, 322 ff; "Mehrwert" - BGH GRUR 72, 364 ff; "Kundeneinzelbeförderung" - BGH GRUR 72, 603 ff, 605; "Besichtigungsreisen" - BGH GRUR 72, 367 ff; "Werbefahrt" - OLG Mnch GRUR 75, 31 ff.

3) "Waschkugel" - BGH GRUR 67, 254 ff m.w.Nachw.

4) Der Gedanke einer Ablenkung von einem sachlichen Angebotsvergleich findet sich auch in den Entscheidungen "Das goldene A" - BGH GRUR 73, 418 ff und "Preisausschreiben" - BGH GRUR 73, 474 ff.

Angesichts der funktionellen Bedeutung dieser Kundenentscheidung als Marktregulator- und Steuerungselement des Wettbewerbs ist mit der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit die Störung des Funktionsmechanismus verbunden.

### 3.1.4.4. Allgemeininteresse am Verbot der Irreführung

Das Verbot der Irreführung im Wettbewerb ist zwar in § 3 UWG spezialgesetzlich geregelt; es erlangt jedoch subsidiär auch im Rahmen von § 1 UWG Bedeutung, soweit der in § 3 UWG auch nach der Novellierung weiterhin als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal vorausgesetzte "Anschein eines besonders günstigen Angebots" nicht erweckt wird.

Obgleich sich die Irreführung eindeutig auf die Kunden bezieht und in den Ausführungen des Bundesgerichtshofs entsprechend mehrfach auf die Belange der "Leser einer Zeitung", der "Verbraucher", des "Publikums" abgestellt wird, wird die Entscheidung letztlich mit dem "Gesichtspunkt eines Schutzes der Allgemeinheit"[1] und damit begründet, daß die Wettbewerbsmaßnahme "mit Rücksicht auf die Allgemeinheit zu beanstanden (sei), weil es gegen die guten wettbewerblichen Sitten im Sinne des § 1 UWG verstößt, das Publikum durch die Verwendung einer Bezeichnung anzulocken, mit der es eine andere

---

1) "Markenbezin" - BGH GRUR 66, 45 ff, 47.

und günstigere Vorstellung verbindet, als es der wirklichen Sachlage entspricht"[1].

Wenn der Bundesgerichtshof mit der Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise die Verletzung wesentlicher Interessen der Allgemeinheit annimmt, dann zeigt sich ein weiteres Mal die undifferenzierte Terminologie zum Begriff der Allgemeinheit.

Es bleibt auch hier offen, welche über die spezifischen Gruppeninteressen der Kunden hinausgehenden Allgemeininteressen durch die Wettbewerbsmaßnahme tangiert werden sollten.

Damit erscheint auch hier das Allgemeininteresse durch das Kundeninteresse ersetzbar.

In den Bereich der Irreführung ist auch die letzte Gruppe von Allgemeininteressen, das Interesse der Allgemeinheit an sachgemäßer Aufklärung, einzuordnen.

Als Ausnahme zum grundsätzlichen Verbot der vergleichenden Werbung hat der Bundesgerichtshof mehrfach unter Berufung auf die Interessen der Allgemeinheit eine Bezugnahme zugelassen, wenn anderenfalls eine sachgemäße Aufklärung nicht möglich wäre[2].

---

1) "Maßkleidung" - BGH GRUR 67, 360 ff, 362,

2) Aus der neueren Rspr. vgl. "40 % können Sie sparen" - BGH GRUR 68, 443 ff, 445; "Tauchkühler" - BGH GRUR 70, 422 ff, 424; "Motoryacht" - BGH GRUR 71, 159 ff, 160; "clix-Mann" - BGH GRUR 71, 223 ff, 225.

Ein Überblick über die dazu ergangenen Entscheidungen erweist wiederum einen undifferenzierten Gebrauch des Begriffs der Allgemeinheit, von spezifischen Gruppeninteressen, wie die der Landwirte ("Tauchkühler") über die Verbraucher ("40 % können Sie sparen") zu den umworbenen oder angesprochenen Verkehrskreisen ("Tauchkühler"; "Motoryacht"); lediglich in der Motoryacht-Entscheidung differenziert der Bundesgerichtshof bei der Begründung der "Statthaftigkeit des Werbevergleichs", weil "die Allgemeinheit oder auch nur die durch die Werbung angesprochenen Verkehrskreise ein schutzbedürftiges Interesse nach sachgemäßer Aufklärung haben".

### 3.1.4.5. Zusammenfassung

Die Berufung auf die Interessen der Allgemeinheit erfolgt in der Rechtsprechung, der die Literatur zustimmt, unter drei Gesichtspunkten: der Erhaltung des Bestands des Wettbewerbs, dem Schutz vor Wettbewerbsauswüchsen und vor einer Verwilderung der Wettbewerbssitten, und der Irreführung. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat bereits festgestellt, daß mit der Berücksichtigung des "Bestands des Wettbewerbs" keine wirtschaftspolitischen Erwägungen angestellt werden, sondern daß in sämtlichen dazu ergangenen Entscheidungen die Behinderung der Mitbewerber durch die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Kunden mittels der Ausschaltung des Bestandes des Wettbewerbs maßgebend ist. Es handelt sich also eindeutig um eine rein wettbewerbsprozeßbezogene Argumentation.

Der Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Kunden ist auch in der Gruppe des Schutzes vor Wettbewerbsauswüchsen und vor einer Verwilderung der Wettbewerbssitten entscheidend. In diesen Fällen erfolgt die Beeinträchtigung nicht durch die Ausschaltung der Angebotsalternativen, sondern durch die Ausnutzung nicht (markt-) leistungsorientierter Sachzwänge, sei es mittels der Ausnutzung psychischer Dispositionen, der überraschenden Konfrontation mit einem Angebot oder mit außerhalb des eigentlichen Angebots liegenden Werbegaben.

Bei der Irreführung liegt der Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Kunden auf der Hand.

Soweit dieser Gesichtspunkt den Interessen irgendwelcher Personengruppen zugeordnet werden soll, scheint doch die Gewährleistung der Entscheidungsfreiheit der Kunden durch die Sicherung der Wahrheit und Klarheit des Angebotsvergleichs vordringlich im Interesse dieser Kunden zu liegen. Die Berücksichtigung der Marktgegenseite mit ihren spezifischen Interessen, sei es allgemein als Kunden beim Geschäftsabschluß oder speziell als (End-) Verbraucher oder Wiederverkäufer, wird auch allgemein anerkannt. Dann ist aber die Annahme eines überindividuellen und auch über gruppenspezifische Interessen hinauszugehenden a l l g e m e i n e n Interesses der Gesamtbevölkerung entbehrlich.

### 3.1.5. Funktion der Allgemeininteressen bei der Aktualisierung der wettbewerblichen Generalklausel

Die wettbewerbliche Generalklausel dient der Schlichtung kollidierender Wettbewerbsinteressen, soweit keine spezialgesetzliche Regelung besteht.

Bei einer wettbewerbsbezogenen Betrachtung stehen somit die Interessen der am Wettbewerb unmittelbar Beteiligten im Vordergrund.

Über die rechtsmethodische Einordnung darüber hinausgehender Allgemeininteressen besteht jedoch Uneinigkeit.

Nach einer Ansicht ist mit dieser Allgemeinheit eine weitere berücksichtigungsfähige Personengruppe erfaßt[1]. Die Feststellung der Beeinträchtigung dieser gruppenspezifischen Interessen ersetzt nach dieser Ansicht nicht das Unwerturteil, sondern dient zusammen mit den anderen beteiligten Interessen der Abgrenzung und Problematisierung des regelungsbedürftigen Tatbestandes, also der Aufbereitung des Sachverhalts; damit ist aber auch zugleich der Bestimmung, welche allgemeinen Anschauungen - der Kunden oder der Durchschnittsgewerbetreibenden oder der billig und gerecht denkenden Allgemeinheit - als Wertfaktoren zu berücksichtigen seien[2].

---

1) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 78/9; Reimer-v.Gamm, 2.K., Anm. 3, 8; 3.K., Anm. 1 a.E.; vgl. dazu bereits 3.1.3. und 3.1.4.: Interessen "überindividueller und auch über Gruppeninteressen hinausgehender Art".

2) Zur Lösung kollidierender Anschauuungen vgl. Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 86 ff; Reimer-v.Gamm, 41.K., Anm.1, 5, 9.

Neben diese außerrechtlichen Maßstäbe sollen als rechtliche Maßstäbe die aus den Rechtsinstitutionen entnommenen Wertprinzipien und die Grundprinzipien der Rechtsordnung, insbesondere der Verfassung, treten.

Das Dilemma dieser Ansicht besteht zunächst darin, daß in keinem Fall, in dem eine Verletzung der Allgemeininteressen geprüft wurde, ein über die Interessen der am konkreten Wettbewerbsprozeß Beteiligten hinausgehendes a l l g e m e i n e s Interesse erörtert wurde.
Soweit die Maxime der Nachahmungsfreiheit und der Verhinderung der Monopolisierung oder der Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Kunden und das Verbot der Irreführung überhaupt irgendwelchen Interessen zugeordnet werden soll, bieten sich hier die partikularen Interessen der Mitbewerber und Kunden als unmittelbar Wettbewerbsbeteiligte an.

Die Berücksichtigung der Allgemeinheit bei der Abgrenzung des tatbestandsrelevanten Sachverhalts ist damit entbehrlich.

Für den Bereich der Leistungsübernahme ordnet HEFERMEHL die Maxime der Nachahmungsfreiheit den Interessen der Allgemeinheit zu[1].

Es liege im Interesse der Allgemeinheit, daß durch Sondergesetze nicht geschützte Arbeitsergebnisse frei benutzt werden können, damit der wirtschaftliche Fortschritt ermöglicht werde[2].

---

1) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 445;
2) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 433/5.

Deshalb müßten alle nicht unter Sonderschutz stehenden Leistungen der Allgemeinheit zu Gute kommen[1].

Da die Interessen der Allgemeinheit nach jener Ansicht als gleichberechtigte Interessen neben die Interessen der einzelnen Wettbewerbsbeteiligten treten, wird die Grenze der Nachahmungsfreiheit methodisch durch eine Interessenabwägung ermittelt. Die Grenze sei erreicht, wenn die durch die Nachahmung bedingte Verwechslungsgefahr ein Ausmaß annehme, daß in nicht mehr tragbarer Weise die Interessen des Verkehrs beeinträchtigt würden[2].

Damit sind die gesetzlichen Grenzen des Sonderrechtsschutzes im Interesse der Allgemeinheit gezogen[3].

Diese Wertung aus dem Verhältnis von Nachahmungsfreiheit und Sonderrechtsschutz ist zwar als Ergebnis einer Interessenabwägung denkbar, aber nicht bestimmbar, da die Abwägung der kollidierenden Interessen seinerseits einen Wertmaßstab voraussetzt.

Die Einbeziehung dieser Allgemeinheit ist auch nicht nur Begründung der Berücksichtigung ihrer sozialen Wertvorstellungen als außerrechtliche Maßstäbe erforderlich. Diese Berücksichtigung ergibt sich schon aus allgemeinen rechtsmethodischen Überlegungen[4].

---

1) Für technische Lehren vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm.401.

2) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 408.

3) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 423.

4) vgl. 3.2.3

Nach der anderen Ansicht handelt es sich deshalb bei den Allgemeininteressen "um Wertgesichtspunkte, Wertfaktoren, die sich aus den Fundamentalnormen, insbesondere der Verfassung ergeben und aus dem Zweck staatlicher Organisation, ein friedliches und geordnetes Zusammenleben zu sichern",[1] "um Belange des Staates, der Gesamtwirtschaft, um das öffentliche Interesse am Funktionieren des Wettbewerbs als Ganzem, aber auch einzelner Wirtschaftszweige und Institutionen",[2] denn "Wettbewerb ist nicht nur individuelle Befugnis, sondern Aufgabe im Interesse der Allgemeinheit; daher ist es letztlich die Allgemeinheit, die Gestalt und Wirkung einer Wettbewerbsmaßnahme überprüft"[3].

Zur Begründung des Einflusses dieser Wertgesichtspunkte bedarf es ebenfalls keines Rückgriffs auf Allgemeininteressen. Ihr Einfluß wird an Hand einer rechtsmethodisch legitimierten Normbildungstechnik deutlich.

---

1) Schricker, GRUR 70, 32 ff, 39

2) Schricker, Gesetzesverletzung, S. 224; ders., GRUR 74, 579 ff, 580; Knöpfle, Wettbewerb, S. 56

3) Eichmann, Vergleichende Werbung, S. 120; soweit Eichmann, a.a.O., S. 116, 122, dabei auch gesamtwirtschaftliche Erwägungen berücksichtigt, kann dies im Rahmen der vorliegenden Arbeit dahingestellt bleiben, da diese Erwägungen - wie gezeigt - bei der Leistungsübernahme nicht Platz greifen.

## 3.2. Normbildungstechnik

### 3.2.1. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der richterlichen Tätigkeit ist der zur Streitentscheidung gestellte Sachverhalt[1], der eine s a c h g e r e c h t e Lösung fordert. Mit dieser Zielsetzung sind bereits essentielle Elemente richterlicher Tätigkeit angesprochen: Die sachliche Entscheidung nach Vernunfts- und Zweckmäßigkeitserwägungen unter der Idee des Rechts[2].

### 3.2.2. Wertung aus dem System

Bereits das Reichsgericht hat in einer früheren Entscheidung[3] ausgeführt, es sei nicht Aufgabe des Gesetzgebers, sämtliche Fallgestaltungen durch eine besondere Norm zu regeln; es sei vielmehr "Sache der Jurisprudenz und vor allem Pflicht der Judikatur ..., die nicht in einer allgemeinen Norm konzentrierten in dem Gesetz ausgesprochenen Grundprinzipien zu Tag zu fördern und auf die im Leben hervortretenden, im

---

1) Vgl. etwa Esser, Vorverständis und Methodenwahl, S. 12, 15/6.

2) Zur Gerechtigkeit als Idee des Rechts, vgl. etwa Radbruch, "Natur der Sache"; Esser, Grundsatz und Norm, S. 65 ff, 151 ff, "aequitas"; Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz, S. 145, "Billigkeit".

3) RGZ 24, 50.

Gesetz nicht besonders hervorgehobenen und unter das betreffende Prinzip fallenden Fälle anzuwenden"[1].

Die Entscheidung des Reichsgerichts deutet eine rechtsmethodische Grundauffassung an, die spätestens seit den Ausführungen ESSERS im Anschluß an HECK nicht mehr ernsthaft bezweifelt werden kann:

Normanwendung vollzieht sich i.d.R. nicht allein durch syllogistischen Schluß von Obersatz und Untersatz, sondern durch eine wertende Entscheidung[2].

---

1) Von den Normen unterscheiden sich die Prinzipien dadurch, daß sie unmittelbarer Anwendung nicht fähig sind, vgl. dazu Canaris, Systemdenken, S.52 f, 56. Unterscheidungsmerkmal ist also nicht die Abstraktheit oder der generelle Charakter, sondern die Bestimmbarkeit der Anwendungsfälle; vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 51. Das Prinzip ist nicht Weisung (= Norm), sondern Grund, Kriterium und Rechtfertigung der Weisung, wobei es freilich als ratio legis in der Norm enthalten sein kann; vgl. Esser, Grundsatz und Norm S. 51; Canaris, Systemdenken, S.70.

2) Esser, JZ 53, 521 ff; ders., Grundsatz und Norm, S. 102; ders., Vorverständnis und Methodenwahl, S. 15, 29, 103 - 105;
ebenso Wieacker, Präzisierung, S. 14;
ders., Gesetz und Richterkunst, S. 6 ff;
Larenz, Methodenlehre, S. 192/3; Sack, WRP 74, 247 ff, 253.

Denn der Regelungsgehalt einer Norm[1] wird nicht durch ihre sprachliche Formulierung bestimmt, sondern durch ihren Ordnungsgedanken. Nach dieser Ansicht ist die Norm "Ausprägung rationaler Grundgedanken" (Esser), die wegen der Reduzierung auf die tatbestandliche Begrifflichkeit durch den Gesamtbereich nichtpositivierter Wertgesichtspunkte, durch allgemeine Rechtsgedanken, Prinzipien, Postulate und Maximen, ergänzungsfähig und -bedürftig ist[2].

Diese Prinzipien bilden jedoch kein axiomatisches System, das deduktiv erschlossen werden könnte; sie entfalten ihren Sinngehalt erst in einem Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung[3], so daß Konkurrenz- und Kollisionsfragen bei jeder Einzelentscheidung neu gelöst werden müssen durch eine wertende Entscheidung der hic et nunc vorrangigen Prinzipien.

Die Ablehnung eines fest geordneten Wertsystems schließt jedoch nicht aus, daß gleichwohl daraus Schlüsse gezogen werden können; zwar nicht i.S.e. "materialen Richtigkeitgewähr", wohl aber i.S.e. "intern verläßlichen Ableitungs- und Verträglichkeits-

---

1) Die Qualität der wettbewerblichen Generalklausel als Norm ist umstritten:
Für Norm: Esser, Grundsatz und Norm, S.78.
Für Prinzip oder Maxime: Wieacker, Präzisierung, S.16.
Durch die übereinstimmende Technik der Aktualisierung klärt sich jedoch der Unterschied als rein terminologischer auf.

2) Dazu Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 30, 34, 71/2, 80, 90/1; ders., Grundsatz und Norm, S.79.

3) Canaris, Systemdenken, S.55.

urteils" der zuvor unter historischen und politischen Einflüssen implantierten Wertvorstellungen[1].

Diese Wertvorstellungen gilt es zu "kondensieren" und auf ihre zeitgemäße Gültigkeit zu überprüfen.

3.2.2.1. Natur der Sache

Zur Ermittlung der aus dem System "kondensierbaren" Wertungen ist die Natur der Sache als heuristisches Prinzip traditionell legitimiert[2].

Für den Bereich praktischer Rechtsanwendung, wie es hier die Transformierung der Wertgesichtspunkte in echte Rechtswertungen betrifft[3], bedeutet nach heutiger Klarstellung die Argumentation aus der Natur der Sache nicht, daß aus der Natur des Wettbewerbsverhältnisses als ontische Gegebenheit unmittelbare

---

1) Dazu Esser, Grundsatz und Norm, S. 4 ff; ders., Vorverständnis, S. 94 ff, 96; Steindorff, Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, S. 58 ff, 74.

2) Zur Natur der Sache, vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 101 - 103; ders., Vorverständnis, S. 105.
Zur traditionellen Legitimierung der Natur der Sache, vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S.81.
Zu den Typen der Prinzipien, vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 87 ff, 107 ff. Die Geltung dieses Prinzips reicht bis in die Antike zurück; vgl. zum geschichtlichen Abriß: Stratenwerth, Natur der Sache, S. 6 ff; Engisch, Konkretisierung, S. 116/7; Radbruch, FS/Laun, S. 157.

3) Zur Parallelität in der Gesetzgebung, vgl.Engisch, Konkretisierung, S. 110 ff.

Folgerungen für die richterliche Entscheidung gezogen werden könnten[1], denn das positive Recht knüpft selbst bei einer solchen Grundgegebenheit wie dem Wettbewerbsverhältnis nicht an einen ontischen Befund, sondern an das Ergebnis einer Bewertung: Bereits die Entscheidung für einen Wettbewerb, in Sonderheit für einen marktwirtschaftlichen in seinen verschiedenen Formen, ist durch sozial- und wirtschaftspolitische Wertungen bedingt. Mit Recht bemerkt deshalb ENGISCH[2], daß das "Recht nur soviel Sinn und Wert und Sollen der Wirklichkeit entnehmen(kann), als es selbst oder andere sittliche Mächte zuvor schon durch Wertungen hineingelegt haben"[3].

---

1) Stratenwerth, Natur der Sache, S.24; Radbruch, FS/Laun, S.171; Larenz, Methodenlehre, S.407/8; ders., FS/Nikisch, S. 287; Kraft, Interessen, S.73/4; Engisch, Konkretisierung, S.110 ff, 117; eine solche Beziehung des Rechts zur Realität wird allenfalls in dem weiten Sinne anerkannt, daß das Recht nichts Unmögliches verlangen dürfe und der sozialen Wirklichkeit Rechnung tragen müsse; vgl. etwa Engisch, Konkretisierung, S.102/3; Stratenwerth, Natur der Sache, S.28/9; Weischedel, Recht und Ethik, S.8.

2) Engisch, Konkretisierung, S.114.

3) In der Literatur finden sich teilweise mißverständliche Formulierungen:
Nach Schricker, Gesetzesverletzung, S.235 soll eine "unmittelbare Ableitung sachgerechter Ergebnisse aus den vorgegebenen Strukturen des Wettbewerbs" möglich sein; ähnlich in ZHR 139 (1975), S.208 ff, 217: Elementare Erfordernisse aus der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs vermittelten gewisse Regeln; ähnlich auch Burmann, WRP 72, 511 ff, 514 mit der Formulierung von "ableitbaren innewohnenden Gesetzmäßigkeiten des Wettbewerbs". Mit der Funktionsbezogenheit des Seienden zu der "marktechnischen Entscheidung" ist jedoch aufgedeckt, daß die "vorgegebenen Strukturen" nicht als ontische Gegebenheiten zu verstehen sind.
Nach Meyer-Cording, JZ 64, 273 ff, 278 bedeutet die Natur der Sache jedoch die "Ausdeutung der Sachstrukturen".

Mit der Arbeitsmethode der Natur der Sache geht es vielmehr darum, die den Institutionen zugedachten Ordnungsaufgaben, die immanenten Zweck- und Funktionsgedanken, als Wertgesichtspunkte aufzudecken[1].

Auch wenn darin noch ein "philosophisch-spekulatives Element" (Esser) enthalten ist, ist damit nicht dem "Subjektivismus Tür und Tor geöffnet"[2], denn das System ist funktions- und aufgabenbedingt, da es für einen bestimmten Regelungsbereich und deshalb auch durch diesen Regelungsbereich bestimmt ist[3].

Nach der Ablösung der historischen und politischen Bedingungen verbleibt auf Grund der implizierten Vernunfts- und Zweckmäßigkeitserwägungen und Gerechtigkeitseinflüsse eine Angebotspalette möglicher und sinnvoller Entscheidungsprogramme[4], die zugleich

---

1) Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz, S.145 ff, 163 f, 164/5; Steindorff, Die guten Sitten als Wettbewerbsbeschränkung, S.71; Esser, Grundsatz und Norm, S.102.

2) Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S.145; die Gefahr des Subjektivismus meint Larenz, FS/Nikisch, S.289/90 jedoch hinnehmen zu müssen.

3) Esser, Grundsatz und Norm, S.171; Radbruch, FS/Laun, S.157 ff, 163 "Stoffbestimmtheit".

4) Vgl. etwa Esser, Grundsatz und Norm, S.105; Radbruch, FS/Laun, S.163; Stratenwerth, Natur der Sache, S.18, 20 ff; Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, S.9, 12 - 15; nach Kraft, Interessenabwägung, S.69 ff, 76, ist die Natur der Sache die abgekürzte Bezeichnung für das Ergebnis einer bereits vorgenommenen, an der Kulturanschauung und dem Kulturbewußtsein einer Zeit orientierten Bewertung, auf Grund deren die Natur, die Typik einer Sache oder Institution bestimmt werden kann und damit die Bewertung der Schutzwürdigkeit der Interessen der richterlichen Subjektivität entzogen wird. Eine gewisse praktische Legitimierung hat diese Arbeitsmethode auf dem Gebiet des IPR erfahren: Sie erlaubt die "Feststellung eines Gesetzes sachlogischer Entsprechung von Ordnungsaufgabe und Ordnungsform"; vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S.346/7; Stratenwerth, Natur der Sache, S.25/6. Ebenso Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S.293.

einen Kontrollrahmen der eigenen richterlichen Zweck- und Vernunftserwägungen abgeben.

Der konkret zu beurteilende Sachverhalt wird also nicht als fertige Lösung in der Angebotspalette wiedergespiegelt und ist auch daraus nicht logisch ableitbar; vielmehr ist die richterliche Entscheidung durch eine wertende analogische Vergleichung zwischen den im dogmatischen System niedergeschlagenen Zweck- und Funktionsgedanken und denen des konkreten Falles zu ermitteln[1].

### 3.2.3. Metadogmatische Maßstäbe

Mit dieser vergleichenden Wertermittlung aus der Korrespondenz von System und Problem ist der Bereich möglicher in die Entscheidung einfließender Werte nicht erschöpft, da das System im Hinblick auf einen Rechtsgüterschutz strukturiert ist und damit nur einen Teilbereich erfaßt[2].

Über diese dogmatisierten Werte hinaus ist der Gesamtbereich metadogmatischer Maßstäbe für die Kontrolle der Urteilsrichtigkeit relevant, jedoch nicht als ausschließliche Legitimation i.S.e. Rezeptions- oder

---

1) Dazu ausführlich, Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S.151 ff.

2) Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 162.

Transformationstechnik[1], sondern i.S.e. gewissen Korrektur innerhalb eines Harmonisierungsprozesses kollidierender Wertungseinflüsse.

Dieser Einfluß traditioneller, ethischer, sozialer und kultureller Grundanschauungen erfolgt nicht im Wege einer einfachen Rezeption demoskopisch ermittelter Verhaltensregeln - wie es die bei der Anwendung der Generalklauseln gebräuchlichen Anstandsformeln nahelegen -, sondern durch die eigene Werterfahrung des Richters in seiner gesellschaftlichen Prägung[2].

---

1) Vgl. dazu Teubner, Generalklauseln, S. 47, 52 - 61: Danach läßt sich die Rezeptionsfunktion als Übernahme außerrechtlicher sozialer Ordnungsgefüge, die Transformationsfunktion für die Umsetzung lediglich kollektiver Wertvorstellungen ohne normative Kraft in rechtliche Wertungen und die Delegationsfunktion mit der Direktive zur richterlichen Normbildung unterscheiden.

2) Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S.12; Engisch, Konkretisierung, S. 111/3; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, S.161/2; ebenso Teubner, Generalklauseln, S.90 ff unter dem Gesichtspunkt "juristischer Verwertung sozialer Ordnungsgefüge".

### 3.2.4. Wesen des Wettbewerbs

#### 3.2.4.1. Wettbewerbsbezug

Aus der vergleichenden Wertermittlung zwischen den im System niedergeschlagenen Zweck- und Funktionsgedanken und denen des konkreten Falles ergibt sich die Notwendigkeit, den Funktionszusammenhang des Wettbewerbsprozesses zu erfassen. Hinsichtlich dieser Notwendigkeit zur Klärung des Begriffs des Wettbewerbs besteht zwar Übereinstimmung, allerdings aus anderen als den dargelegten Gründen.

Überwiegend wird dieser Wettbewerbsbezug - trotz unterschiedlicher Auffassung zum Begriffsgehalt der Guten Sitte, sei sie Sittlichkeit, Konventionalnorm oder Sozialmoral - damit begründet, das Wesen des Wettbewerbs enthalte einen objektiven Maßstab zur Beurteilung einer G u t e n Sitte[1].

Der Begriff des Wettbewerbs bestimmt danach nicht nur tatbestandsrelevantes, sondern über den Maßstab der Guten Sitte auch tatbestandsmäßiges Handeln[2].

---

1) Vogt, NJW 76, 729 ff, 733; Burmann, WRP 68, 258 ff, 261; ders., WRP 72, 511 ff, 513; v.Godin, GRUR 66, 127 ff, 129; Meyer-Cording, JZ 64, 273 ff, 310; Raiser, GRUR Int. 73, 443 ff, 445; Scholz, ZHR 132 (1969), S.97 ff, 110/1, 115/6, 121, 147/8; Röpke, Hdwb.d.Soz.Wiss., Bd. 12, S. 35; Kraft, Interessenabwägung, S. 177 ff, 196 - 205; Schricker, Gesetzesverletzung, S. 243 ff, 253/4, 256.

2) Schricker, Gesetzesverletzung, S.243; Reimer - v.Gamm, 2.K., Anm. 4, 25.K., Anm.1.

Danach wird die Bedeutung des Wettbewerbs auf einen normativen Maßstab bei der Transformation außerrechtlicher Wertvorstellungen beschränkt. Angesichts einer abnehmenden Tendenz zu tatrichterlicher Feststellung demoskopisch oder durch Auskunft der Handelskammern ermittelter Wertvorstellungen[1] und zunehmender Vernunfts- und Zweckmäßigkeitserwägungen zu den jeweiligen Wettbewerbsmechanismen wird damit in der Rechtspraxis die Gefahr von Scheinbegründungen eröffnet.

Den Wettbewerbsbezug stellt eine andere Ansicht mit dem Versuch her, den Sittenverstoß durch die Suche nach dem geschützten Rechtsgut im Wettbewerb zu präzisieren[2].
Ohne nähere Eingrenzung eines solchen auf den Wettbewerb bezogenen Schutzzwecks, wie sie nachfolgend mit der "Funktionalität des Wettbewerbsprozesses" im Rahmen dieser Arbeit versucht wird, begegnet dieser Ansicht der Einwand, keine konkretisierbaren Ableitungen zu ermöglichen.

---

1) Möschel, Pressekonzentration, S.140.

2) Vgl. etwa Fikentscher, Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerb, S. 207 ff; Schricker, Gesetzesverletzung, S. 252 ff; Kraft, Interessenabwägung, S. 148 ff; Jungbäck, S. 40 - 49.

### 3.2.4.2. Leistungswettbewerb

In der wettbewerbsrechtlichen Diskussion über das Wesen des Wettbewerbs kommt dem Begriff des "Leistungswettbewerbs" zentrale Bedeutung zu.

Schon in den Ausführungen LOBES, der Wettbewerb sei seinem Wesen nach ein Vergleich von Tätigkeiten, ist das Leistungsprinzip begründet[1].

Zu Beginn der Zwanziger-Jahre von dem Nationalökonomen SOMBART gegenüber der Suggestions- und Gewaltkonkurrenz als Idealform dieser "3 Typen der Konkurrenz" hervorgehoben, beinhaltete das Leistungsprinzip, daß das in den Augen der Kunden beste Angebot einer Ware oder Dienstleistung auf Grund der Wahlfreiheit der Kunden durch die Kaufentscheidung den Vorrang erhalten sollte.

Auch die Arbeiten der Vertreter der neo-liberalen Schule zeigen unter ordnungspolitischer Zielsetzung die Berücksichtigung ablaufbezogener Gesichtspunkte[2].

Bei der Übertragung des Begriffs des Leistungswettbewerbs in das Unlauterkeitsrecht durch NIPPERDEY unter Hinzufügung des Behinderungswettbewerbs als Antipod ging die Berücksichtigung der Marktgegenseite verloren, so daß der Begriff des Leistungswettbewerbs auf eine

---

1) Fikentscher, Wettbewerb, S. 114.

2) Zu RÖPKE, BÖHM und EUCKEN, vgl. Ohm, Definitionen des Leistungswettbewerbs, in: S.d.V.f.Soz.Politik, Bd. 18, (1960), S. 253.

konkurrenten-bezogene Mittel-Zweck-Betrachtung reduziert wurde: Danach war Leistungswettbewerb dadurch gekennzeichnet, daß die Schädigung des Mitbewerbers allein die Folge einer mit eigener Leistung erzielten Absatzförderung und nicht das Mittel der Wettbewerbshandlung darstellte[1].

Diese Definition kann heute als überholt gelten, da Mittel und Zweck nicht differenzierbar sind, weil ein näherer Zweck das Mittel eines anderen Endzwecks sein kann[2] und es auf eine e i g e n e Leistung im Sinne eigener erbrachter Aufwendungen nicht ankommt, vielmehr allein die zum Vergleich stehende Marktleistung entscheidend ist[3].

Die Einbeziehung der Marktgegenseite in den Begriff der Leistung und damit des daran orientierten Begriffs des Leistungswettbewerbs versucht FIKENTSCHER, indem er bei der Beurteilung einer Leistung auch die Wirkung auf Mitbewerber und Kunden berücksichtigt. Danach sei "das Leistungsprinzip gewahrt, wenn die Leistung des Mitbewerbers und die wirtschaftlichen Auswirkungen der von dieser Leistung getragenen Wettbewerbshandlung auf die übrigen Mitbewerber und Kunden in einem für die Gesamtheit erträglichen Verhältnis" stehe[4].

---

1) v.Godin, GRUR 66, 127 ff, 131; ders., U § 1, Anm.67; Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, 1930, S.16 ff; RGZ 134, 342 ff - "Benrather-Tankstellenfall".

2) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 92, 107.

3) Allg. M.; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm.93; Fikentscher, Wettbewerb, S.116; Knöpfle, Wettbewerb, S.58.

4) Fikentscher, Wettbewerb, S.116/7.

Damit endet die Einbeziehung der Mitbewerber und Kunden bei der Beurteilung einer Leistung in einer Relativitätsformel, die unpraktikabel ist und nach FIKENTSCHER auch nur noch zur "Erklärung (dient), warum die ethischen Maßstäbe der Guten Sitten in das Recht des Wettbewerbs überführt werden müssen"[1].

Eine nähere Bestimmung des Leistungswettbewerbs wird heute überwiegend - unter Einbeziehung der Marktgegenseite - mit der Erklärung des Wettbewerbs als einem F u n k t i o n s t a t b e s t a n d versucht[2].

Für das Verständnis der funktionellen Zusammenhänge hat BURMANN wichtige Vorarbeit geleistet[3].

---

1) Fikentscher, Wettbewerb, S. 117.

2) Burmann, WRP 67, 385 ff; ders., WRP 68, 258 ff; ders., WRP 72, 511 ff; Schricker, Gesetzesverletzung, S. 262; Kraft, Interessenabwägung, S.216; Hubmann, GR § 49 IV; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 96 ff; Nordemann, GRUR 75, 625 ff, 631; Meyer-Cording, JZ 64, S. 273 ff, 311; Fikentscher, Wettbewerb, S. 115; Raiser, GRUR Int. 73, 443 ff, 445; Sack, WRP 75, 64 ff; Samwer, GRUR 69, 326 ff, 327; Lehmann, FS/Ulmer, S. 321 ff, 329; Knöpfle, Wettbewerb, S.57; Röpke, Hdwb.d.Soz.Wiss., Bd. 12, S. 35.

3) Burmann, WRP 67, 385 ff; ders., WRP 68, 258 ff.

Im Anschluß an die in der Rechtsprechung und Literatur mit gewissen Modifikationen verwendete Definition der Wettbewerbshandlung als einem

> "Handel, das darauf gerichtet ist, den eigenen Absatz zu fördern oder einen fremden zu beeinträchtigen, den eigenen Kundenkreis auf Kosten der anderen Gewerbetreibenden zu erweitern" 1)

unterteilt er entsprechend den sich daraus ergebenden Relationen in die Beziehungen zwischen den Konkurrenten einerseits und zwischen den Konkurrenten und den Kunden andererseits und erstellt daraus ein Schema von Angebots- und Absatzfunktionen[2].

Die Angebotsfunktion ist gekennzeichnet durch das Bestehen von "Leistungsangeboten zur Erstellung von Verbraucheralternativen", während die Absatzfunktion "die freie Entscheidung des Kunden zwischen diesen Angebotsalternativen" als notwendiges Element voraussetzt. Mit der Herausstellung der Freiheit zum Wettbewerb und der korrespondierenden Auswahlfreiheit der Marktgegenseite als Teilfreiheiten der umfassenden Wettbewerbsfreiheit wird zugleich treffend dem gesellschaftspolitischen Aspekt des Wettbewerbs Rechnung getragen[3].

---

1) Vgl. etwa Reimer - v.Gamm, 26.K., Anm. 12 ff; Burmann, WRP 72, 511 ff, 513/4; ders., WRP 68, 258 ff, 261.

2) Eine dritte "marktbezogene" Funktion wird entgegen WRP 68, 258 ff, 262 in WRP 72, 511 ff - allerdings ohne ausdrückliche Aufgabe - nicht mehr in das Gliederungsschema aufgenommen.

3) Zu diesem Aspekt vgl. etwa Baur, ZHR 134 (1970). S.96 m.w.Hinw.; Prahl, S. 23/4; Raiser, GRUR Int. 73, 445.

Auch soweit BURMANN[1] diese Funktionen zu einem "funktionalen Gliederungsschema" ausdifferenziert, ist jedoch mit der Ableitung funktionsmäßiger und funktionswidriger Verhaltensweisen noch nicht die Möglichkeit zu einer abschließenden Beurteilung gegeben.

Nach HEFERMEHL[2], der Funktionalität mit Leistungswettbewerb und Disfunktion mit Nichtleistungswettbewerb gleichsetzt, besteht mit der jeweiligen Entscheidung ein Indiz, ein wichtiger Anhaltspunkt für die sittlich rechtliche Wertung; jedoch könnten "besondere Umstände" im Rahmen der Gesamtwürdigung diese Wertung wieder verändern, so daß allein die Frage der Funktionalität keine erschöpfende Wertung gebe.

Keiner weiteren Wertung bedarf es dagegen nach HUBMANN[3] im Falle der Funktionalität, weil damit schon festgelegt sei, was die Sittlichkeit im Wettbewerb verlange. Lediglich im Bereich des durch die Disfunktion gekennzeichneten Nichtleistungswettbewerbs sei "in der Regel eine Rechtfertigung durch ein überwiegendes Interesse" notwendig und setze daher die Anwendung der wettbewerblichen Generalklausel vielfach eine Interessenabwägung voraus.

Den notwendigen normativen Maßstab will BURMANN[4] aus dem Begriff der Funktionalität heraus entwickeln.

---

1) Burmann, WRP 68, 258 ff, 268.
2) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 101.
3) Hubmann, GR § 49 IV.
4) WRP 68, 258 ff, 263.

Einen Wettbewerbsverstoß sieht er darin, daß "die in den konkreten Beziehungstatbeständen lokalisierten Funktionsabläufe erheblich" tangiert werden, d.h., daß eine "mehr als die mit dem Wettbewerb wesensmäßig verbundene Beeinträchtigung der konkreten Funktionen" eintreten müsse.

Es liegt auf der Hand, daß in keinem der Fälle ein normativer Maßstab gefunden, sondern nur der Blankettbegriff der Guten Sitten durch weitere wertausfüllungsbedürftige Begriffe wie "die besonderen Umstände", "das überwiegende Interesse" oder "erheblich, mehr als wesensmäßig"ersetzt werden.

Es wird damit verkannt, daß die Darstellung des Wettbewerbs als Funktionstatbestand und die Überprüfung der konkreten Wettbewerbshandlung an Hand dieses Funktionsschemas nur die Grundlage und den Bezugsrahmen für die Vernunfts- und Zweckmäßigkeitserwägungen abgibt. Diese Erwägungen konkretisieren letztlich auch die "besonderen Umstände", "das überwiegende Interesse" und die "mehr als wesensmäßige, erhebliche Beeinträchtigung". Die Ableitung funktionsmäßiger oder funktionswidriger Verhaltensweisen hat deshalb "keine normative Wirkung"; damit ist lediglich ein "methodischer Ansatzpunkt", eine "Richtlinie" gewonnen[1].

---

1) Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 101; ders., Hdwb.d.Soz.Wiss., Bd. 12, S. 52.

Einigkeit besteht deshalb, daß der Begriff des Leistungswettbewerbs, auch soweit er funktional verstanden wird, keinen praktikablen und damit judizierbaren Maßstab bietet[1].

---

1) Schluep, GRUR Int. 73, 446 ff, 447; Schricker, Gesetzesverletzung, S. 216; Fikentscher, Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerb, S.117; Knöpfle, Wettbewerb, S. 56 ff, 60; Jungbäck, Vergleichende Werbung, S. 40; Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Anm. 101; Rinck, FS/OLG Celle, S. 172/3; Hubmann, GR § 49 IV 2; Kraft, Interessenabwägung, S. 216; Ulmer, GRUR 77, 565 ff, 580: Notwendiger Konkretisierungsprozeß durch die Rechtsprechung.

Zusammenfassung

Die Interessenabwägung als rechtsmethodische Anweisung zur Erfassung der tatbestandsrelevanten Umstände erfordert keinen Rückgriff auf die Allgemeinheit. Die dieser Allgemeinheit zugeordneten Gesichtspunkte werden durch die spezifischen Kundeninteressen bereits erfaßt.

Zur Bestimmung der maßgeblichen allgemeinen Wertvorstellungen bestimmter Personengruppen sind sie ebenfalls entbehrlich; die Berücksichtigung sozialer Wertvorstellungen ergibt sich schon aus allgemeinen rechtsmethodischen Überlegungen. Zudem spielt ihre demoskopische Ermittlung in der richterlichen Praxis nur eine geringe Rolle; sie werden durch das subjektive Wertverständnis des Richters ersetzt.

Das Kriterium der Funktionalität des Wettbewerbsmechanismus als Wertgesichtspunkt bedarf nicht des Rückgriffs auf Allgemeininteressen und deren Gleichsetzung mit den Rechtsprinzipien der Wettbewerbsordnung. Die Geltung dieser Prinzipien ergibt sich aus der vergleichenden Wertermittlung zwischen den im System niedergeschlagenen Zweck- und Funktionsgedanken und denen des konkreten Falles bei der Anwendung der wettbewerblichen Generalklausel und aus dem Wettbewerbsprozeß als Regelungsobjekt.

Die Erklärung des mit dem Begriff des Leistungswettbewerbs gekennzeichneten Wettbewerbs als Funktionstatbestand und dessen Ausdifferenzierung zu einem funktionalen Gliederungsschema mit einer an der

Freiheit zur Erstellung von Leistungsangeboten orientierten Angebotsfunktion und einer korrespondierenden Absatzfunktion mit der Auswahlfreiheit der Kunden zwischen diesen Angebotsalternativen rückt den Gesichtspunkt der Funktionalität des Wettbewerbsmechanismus als Grundlage und Bezugsrahmen der richterlichen Beurteilung in den Vordergrund.

In prozessualer Hinsicht wird diese Auffassung durch den Zweck der Verbandsklage bestätigt. Wie die Begründung zu § 1 I 2 des Gesetzes von 1896 bereits ergibt, liegt der Grund für die Klagebefugnis der Verbände zur Förderung der gewerblichen Interessen, die durch die Klagebefugnis der Verbraucherverbände erweitert wurde, darin, die Verfolgung der Verstöße nicht in das freie Belieben der betroffenen Marktbeteiligten zu stellen. Dem Rechtsschutzmittel kommt damit institutionelle Bedeutung zu[1].

Die Berücksichtigung der Allgemeininteressen außerhalb des Bereichs der Leistungsübernahme ergab eine Disfunktion des Wettbewerbsmechanismus durch die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Kunden.[2].

Die Beurteilung der Fallgruppe der Herkunftstäuschung auf dieser Grundlage steht aus [3]. Das Ergebnis dieser Beurteilung ermöglicht eine wertende Vergleichung zwischen den in dieser Fallgruppe zutage tretenden Zweck- und Funktionsgedanken auf übereinstimmende Strukturen der Kennzeichnungsrechte.

---

1) Ebenso für das patentrechtliche Klagerecht, Walz, S. 226.

2) vgl. 3.1.4.

3) vgl. 3.3.

## 3.3. Neuordnung

### 3.3.1. Folgerungen aus der Überprüfung der Allgemeininteressen

Jede Entscheidung eines Falles unter dem Gesichtspunkt einer Herkunftstäuschung bedingt die Abwägung zwischen den Maximen der Nachahmungsfreiheit und dem Schutz vor Monopolen einerseits und dem Täuschungsverbot andererseits.

Mit der Ausschaltung der Allgemeinheit als einer bestimmten Personengruppe und der Ersetzung der Allgemeininteressen durch den Gesichtspunkt der Sicherung des wettbewerblichen Funktionsmechanismus ist der Zugang zu einer Neuordnung der Fallgruppe der Herkunftstäuschung geschaffen.

### 3.3.2. Fallgruppe der Herkunftstäuschung

Kennzeichnend für diese Fallgruppe ist einerseits das Bestehen von Käuferpräferenzen auf Grund von Herkunftsvorstellungen, auch wenn sie erst durch die Leistungsübernahme konkretisiert werden (vgl. "Verkehrsbekanntheit" und "Verwechslungsgefahr"), die für den Anbieter einen wirtschaftlichen Wert darstellen, und zum anderen die mit der Leistungsübernahme indizierte Verwechslungsgefahr.

Entscheidend ist weder der Schutz des wertvollen Besitzstandes des Anbieters, noch die Gefahr der Ent-Täuschung der Kunden. Vielmehr ergeben die Kombination der für die initiatorische Leistung bestehenden Kundenpräferenzen und die Täuschung des Publikums durch die Verwechslung der initiatorischen Leistung mit der imitatorischen Leistung die "besonderen Umstände", die den Schutz begründen.

Entscheidend ist die Umleitung der unter dem Begriff des Besitzstandes zusammengefaßten wirtschaftlichen Werte durch die der Leistungsübernahme inmitteliegende Verwechslungsgefahr und damit Täuschung der Kunden; mithin ist entscheidend die "Fehlzuordnung kaufmotivierender Kundenvorstellungen mit umsatzverschiebender Wirkung" (Tetzner)[1]. Diese wettbewerbswidrige Umsatzverschiebung wird durch eine verschlechterte Imitation verstärkt[2], weil damit nicht nur das einzelne Umsatzgeschäft vereitelt wird, sondern die Gefahr besteht, daß der Kunde durch die schlechten Erfahrungen in Zukunft bewußt vom Kauf solcher Ware absieht, so daß der Initiator mit dieser Ware vom Wettbewerb ausgeschaltet wird.

Diese Fehlzuordnungen werden nicht um des wirtschaftlichen Wertes willen, den die Kundenpräferenzen für den Initiator haben, unterbunden, sondern unter dem

---

1) Ebenso schon "Deutschlanddecke" - BGH GRUR 58, 351 ff, 352/3: Maßgebend ist, daß die Herkunftsvorstellung Einfluß auf die Kaufentscheidung nimmt.

2) Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 25; "Saxophon" - BGH GRUR 66, 617 ff, 620.

Gesichtspunkt der Disfunktion des Wettbewerbsmechanismus.

Bestehen keine Kundenpräferenzen, tritt auch keine Verfälschung der Kundenentscheidung ein; die freie Kundenentscheidung zwischen imitatorischer und initiatorischer Leistung ist nicht beeinträchtigt. Mit der Verfälschung der Kundenentscheidung wird jedoch der Marktregulator im Marktausleseverfahren und damit der Funktionsmechanismus gestört.

### 3.3.3. Fallgruppe der Rufausbeutung durch Warenverwechslung

Bei dieser Fallgruppe handelt es sich um eine ähnliche Gestaltung wie bei der Fallgruppe der Herkunftstäuschung; statt einer Anlehnung an die die Herkunftsfunktion begründenden Merkmale erfolgt eine Anlehnung an die den guten Ruf der Ware begründenden Merkmale.

Die Fallgruppe ist damit gekennzeichnet durch die "Ausbeutung des guten Rufs durch die Annäherung an die verkehrsbekannten Merkmale, die den besonderen Ruf der Ware begründen, mit der Folge einer Verwechslung von Originalware und Plagiat"[1].

Daraus erklärt sich auch die weitgehende Übereinstimmung mit den Tatbestandsvoraussetzungen der Fallgruppe der "Herkunftstäuschung".

---

1) Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 22 ff; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 487 ff; Max, S.87 ff; ablehnend: "Pulverbehälter" - BGH GRUR 68, 591 ff, 593,III, 2 c.

Übereinstimmung besteht insoweit, daß die reine Warenverwechslungsgefahr nicht genügt, da sonst jede Leistungsübernahme untersagt werden müßte. Die Nachahmung ist auch nicht allein deshalb wettbewerbswidrig, weil für die initiatorische Leistung Kundenpräferenzen bestehen, weil sie einen guten Ruf genießt[1].

Vielmehr begründet auch hier die Kombination beider Gesichtspunkte, das Bestehen von Kundenpräferenzen und die Verwechslungsgefahr, die Wettbewerbswidrigkeit. Entscheidend ist, daß die Nachahmung nicht als solche erkannt wird, vielmehr als Originalware angesehen und auf Grund des für die Originalware bestehenden Rufs erworben wird. Da dieser gute Ruf durch die Kundenerwartungen begründet und getragen wird, die auch durch nicht leistungsbezogene Umstände beeinflußt sein können, kommt es auf die sachliche Berechtigung dieser Kundenpräferenzen nicht an[2].

Entscheidend ist damit auch hier - wie im Falle der Herkunftstäuschung - die "Fehlzuordnung kaufmotivierender Kundenvorstellungen mit umsatzverschiebender Wirkung", die nicht um der wirtschaftlichen Werte, sondern um der Funktionalität des Wettbewerbsmechanismus willen zu unterbinden ist.

---

1) vgl. dazu bereits 1.4.4.1.

2) Ebenso Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 24; unklar dagg. in Anm. 23 mit dem Erfordernis der Überdurchschnittlichkeit i.S.d.Schutzwürdigkeit. Das Merkmal der Eigenart und Bekanntheit ist damit im Erfordernis bestehender Kundenpräferenzen aufgefangen.

Dem Einwand HUBMANNS[1], diese Auffassung würde zu einem zeitlich unbegrenzten, den wirtschaftlichen Fortschritt hemmenden Monopolschutz für eigenartige Warenmerkmale und die Qualität der Ware führen, ist entgegenzuhalten, daß durch die Möglichkeit ausreichender Kennzeichnung, die eine Verwechslungsgefahr beseitigt, der Vorwurf wettbewerbswidrigen Verhaltens ausgeschlossen ist und es damit zu keiner Monopolisierung der Ware außerhalb des gewerblichen Rechtsschutzes kommt[2].

Soweit die Verwechslungsgefahr nicht durch eine entsprechende Kennzeichnung ausgeschlossen werden kann, und damit die Gefahr einer Monopolisierung besteht, ist ein wettbewerbsrechtliches Verbot der Leistungsübernahme nicht möglich. Es gilt insoweit das gleiche wie im Falle der Herkunftstäuschung[3].

Lediglich ergänzend ist festzustellen, daß bisher kein stattgebendes Urteil mit der Begründung der Rufausbeutung vorliegt.

Teils wurden in der Literatur in den für diese Fallgruppe angegebenen Entscheidungen die Tatbestandsvoraussetzungen nur als obiter dictum erwähnt, die Entscheidung jedoch mit den Voraussetzungen anderer

---

1) LB GR § 50 I 2.

2) Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm.26; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 491; "Fußstützen" - GRUR 70, 510/2.

3) vgl. 2.4.

Fallgruppen begründet[1], teils wurde ein "Anhängen an den guten Ruf" aus tatbestandlichen Gründen abgelehnt[2] oder wurde der Schutz des guten Rufs an weitere, davon unabhängige Voraussetzungen gebunden[3].

---

1) "Klemmbausteine" - BGH GRUR 64, 621 ff: Entscheidend ist nicht die Verwechselbarkeit, sondern der mit dem Produkt geweckte Fortsetzungsbedarf und das Einschieben in eine solche Serie mit Konkurrenzprodukten - das Bestehen von Käuferpräferenzen wurde demgemäß auch nicht geprüft; abgelehnt wurde ein solcher Fortsetzungsbedarf in "Merkmalklötze" - BGH WRP 76, 308 ff und "Einbauleuchten" - BGH GRUR 77, 666. "Zentralschloßanlagen" - BGH GRUR 68, 49 ff: Eindeutig Käuferpräferenzen auf Grund von Herkunftsvorstellungen; "Fußstützen" - BGH GRUR 70, 510 ff: Eindeutig Fall einer Herkunftstäuschung und des Unterschiebens einer Ware, der seit jeher unproblematisch ist.

2) "Mecki-Igel" - BGH GRUR 58, 500 ff, 503/4: Keine Verwechslungsgefahr;
"Saxophon" - BGH GRUR 66, 617 ff, 620: Soweit die Merkmale nicht durch den Gebrauchszweck bestimmt sind, seien ausreichende Änderungen zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr vorgenommen;
"Lily - Marlen" - BGH GRUR 58, 402 ff: nicht einschlägig - zur Kritik vgl. Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 33 und Kleine, GRUR 58, 405.

3) "Nachahmung einer Vielzahl": Vgl. "Simili" - BGH GRUR 60, 244 ff, 246;
"Nelkenstecklinge" - BGH GRUR 59, 240 ff, 243;
Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 27 ff.

### 3.3.4. Rufausbeutung ohne Warenverwechslung

Die Ausnutzung von Käuferpräferenzen ohne Irreführung wird in zwei Fallgestaltungen erörtert:

Einmal handelt es sich um die Fälle, in denen verbal der gute Ruf der anderen Leistung zum Vorspann für die eigene Leistung verwandt wird durch Äußerungen wie "als Ersatz für", "ebenso gut wie .... " usw.[1].

Hierbei handelt es sich um Fälle der bezugnehmenden Werbung, die keine Leistungsübernahme voraussetzen und deshalb im Rahmen dieser Arbeit außer Betracht bleiben.

Nach der Rechtsprechung soll die Ausnutzung von Kundenpräferenzen jedoch auch dadurch möglich und damit wettbewerbswidrig sein, daß eine Leistung so an eine andere angenähert wird, daß die Kunden auf Grund des Bekanntheitsgefühls einen Anreiz zum Kauf der angenäherten Leistung erhalten.

Sämtliche Entscheidungen hierzu ergingen jedoch auf dem Gebiet des Kennzeichnungsrechts und werden deshalb dort erörtert[2].

---

1) Vgl. etwa Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 480 ff; Max, S. 89 f.

2) Vgl. 5.5.

## 4. Teil IV: Überprüfung des Kennzeichnungsschutzes auf übereinstimmende Strukturen mit der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Fallgruppe der Herkunftstäuschung.

### 4.1. Schutzgrund

#### 4.1.1. Immaterialgüterrecht

Nach allgemeiner Ansicht in der Literatur werden die Kennzeichnungsrechte als Immaterialgüterrechte (IGR) anerkannt[1]. Diese Übereinstimmung beschränkt sich jedoch auf die Ausgestaltung dieses Kennzeichnungsschutzes als subjektives Recht mit absolutem Schutzumfang an dem immateriellen (= unkörperlichen) Gut der Kennzeichnungsmittel[2].

---

1) Dies war für das Warenzeichen zunächst von Kohler bestr.; vgl. Fikentscher, Wettbewerb, S. 143;

Für das Warenzeichen: Reimer-v.Gamm, 7.K., Anm.3; Reimer-Trüstedt, 3.K., Anm. 3; Baumbach-Hefermehl, WZG, Einl. Anm. 19; ders., WZG, § 25, Anm. 8 - 10; Busse, WZG, Einl. Anm. 4; v.Gamm, WZG, Einf., Anm. 44/5;

für die Ausstattung: Baumbach-Hefermehl, a.a.O.; Busse, a.a.O., v.Gamm, WZG, a.a.O., Bezzenberger, S.16;

für den Namen im geschäftlichen Verkehr nach § 16 I UWG: Baumbach-Hefermehl, § 16 UWG, Anm. 27;

für die Firma nach § 16 I UWG: v.Gamm, WZG, a.a.O.; Baumbach-Hefermehl, § 16 UWG, Anm. 88: "Mischrecht";

für die besondere Geschäftsbezeichnung nach § 16 I UWG: Baumbach-Hefermehl, § 16 UWG, Anm. 102;

für den gesamten gewerblichen Rechtsschutz: Hubmann, GR, S. 41 ff; Troller, IGR, S. 111/2/4;

2) Busse, WZG, Einf., Anm. 5; Hubmann, GR, S.41 ff.

### 4.1.2. Persönlichkeitsrechtlicher oder vermögensrechtlicher Gehalt

Bei der Frage nach der rechtlichen Fundierung, dem "Wesen", der Kennzeichnungsrechte ist in der Rechtsprechung und Literatur gleichermaßen der persönlichkeitsrechtliche oder vermögensrechtliche Gehalt umstritten[1].

Mit dieser Frage setzt sich die inzwischen 100 Jahre alte Kontroverse um die Einordnung als "geistiges Eigentum" oder "Persönlichkeitsrecht" fort, die durch die von KOHLER entwickelte Lehre von den Immaterialgüterrechten belebt wurde.

Nach KOHLER ist der Unterschied zum (herkömmlichen) Eigentum allein ein rechtstechnischer, der im Gegensatz von körperlicher und immaterieller Gestalt begründet sei; dagegen sei "der Grund: Die Erarbeitung

---

1) Für die Rspr. vgl. "Vogler" - BGHZ 32, S. 103, 113: "Das Warenzeichen ist ein mit dem Unternehmen eng verbundenes Vermögensrecht, denn es ist nicht Personen-, sondern Sachbezeichnung".
"Merck" - BGHZ 45, 246, 249: "... das stärker persönlichkeitsorientierte Firmenrecht".
"Streifenmuster" - BGHZ 52, 273, 279: Ausstattung als gleichwertiges Kennzeichnungsrecht neben dem förmlichen Zeichenrecht. Nach Burmann, WRP 68, 258 ff, 264 ist das Wettbewerbsrecht sogar nicht einmal mehr "sinnvoll in das System des gewerblichen Rechtsschutzes einzuordnen", weil es sich "von seinem exclusiv persönlichkeitsorientierten Verständnis weitgehend gelöst" (hat), "so daß die gemeinsame Basis verloren gegangen ist".

und das Wesen: Die exclusive ökonomische Ausbeutung" gleich[1].

"Sobald die Schöpfung aus der Sphäre der Persönlichkeit hinausreicht, eine so selbständige Wesenheit annimmt, daß eine Ausbeutung derselben durch andere ermöglicht wird, wird dieselbe möglicher Gegenstand eines Vermögensrechts, eines Rechts, andere vom Genuß desselben auszuschließen. Für den Erwerb dieses Rechts gilt nun dasselbe, wie für den Erwerb des Eigentums"[2].

---

1) Die Nähe der Lehre vom geistigen Eigentum und den Immaterialgüterrechten zeigt sich auch bei Troller, S. 110 - 114, der als Vertreter der Lehre vom geistigen Eigentum die beiden Begriffe gleichsetzt; zur Verteidigung der Lehre vom geistigen Eigentum vgl. Troller, S. 101 ff und dagg. wiederum Walz, S. 152 ff.

2) Kohler, Patentrecht, 1878, S. 7 - 10, zit. bei Walz S. 150 f; zur Kritik der sachenrechtlichen Analogie der Immaterialgüterrechte vgl. Walz, S. 221 ff und S. 157:

- mit der Annahme eines übereinstimmenden Wesens von Eigentum und Immaterialgüterrecht, das in der exclusiven ökonomischen Ausbeutung liegen soll, wird die Abgrenzung von Eigentums- und Vermögensschutz aufgegeben (S.157).
- Eigentumsschutz besteht gegen die Verletzung des dinglichen Herrschaftsrechts; die gewerblichen Schutzrechte sind nicht herrschaftsrechtlich strukturiert und gewähren nur Vermögensschutz (S. 223-225).
- Der Unterschied sei nicht nur rechtstechnisch, sondern auch im Wesen begründet; Eigentum und Gewerbl. Rechtsschutz haben unterschiedliche Anknüpfungspunkte und erfüllen unterschiedliche Funktionen (S. 223, 226/7, 236).

Diese Einordnung hat KOHLER mit der Lehre von den Immaterialgüterrechten mit großer Durchschlagskraft vorgenommen und damit die Lehre vom "geistigen Eigentum" auf eine scheinbar tragfähige rechtsdogmatische Grundlage gestellt.

Mit der Lehre vom geistigen Eigentum wurde der Begriff des Eigentums über den körperlichen Bereich hinaus auch auf unkörperliche, "geistige" Schutzobjekte ausgedehnt. Diesen Bruch mit dem jahrhundertealten Eigentumsbegriff[1] vermeidet die Lehre von den Immaterialgüterrechten, die diese Rechte als eigene, subjektive dingliche Rechte an einem immateriellen Gut mit absolutem Schutzumfang[2] n e b e n das (Sach-) Eigentum stellt.

Gegen diese sachenrechtliche Analogie und vermögensrechtliche Fundierung der gewerblichen Schutzrechte wurde die Idee eines besonderen Persönlichkeitsrechts vorgetragen, die bei den gewerblichen Schutzrechten unterschiedliche Bedeutung erlangte[3].

---

1) Vgl. dazu Fikentscher, Wettbewerb, S. 143.

2) Vgl. Hubmann, GR, S. 41 ff; Reimer-v.Gamm, 7.K., Anm. 3; Reimer-Trüstedt, 3.K., Anm. 3; v.Gamm, WZG, Einf., Anm.45 ff.

3) Naturgemäß erlangte sie im Urheberrecht am leichtesten Eingang, wurde jedoch auch im Kennzeichnungsrecht erörtert. Zum UrhG. vgl. v.Gamm, UrhG., Einf., Anm. 3, 24 ff.

Diese Diskussion schlägt sich in der Rechtsprechung in einer mehrfach gewandelten Auffassung nieder[1].

Der wirtschaftlichen Bedeutung entsprechend steht nach heutiger Ansicht der vermögensrechtliche Gehalt im Vordergrund[2].

### 4.1.3. Die wettbewerbliche Funktion der Kennzeichnungsrechte

Die Auseinandersetzung um die Einordnung der Kennzeichnungsrechte als "geistiges Eigentum", "Persönlichkeitsrecht" oder "Immaterialgüterrecht" entstammt den Bemühungen, die Kennzeichnungsrechte in das Privatrechtssystem einzuordnen. Über diese Integrationsversuche ging jedoch der Bezug zum Wettbewerb, d.h. die Besinnung auf die wettbewerbliche Funktion der Kennzeichnungsrechte wie des übrigen gewerblichen Rechtsschutzes verloren[3].

In den 20er Jahren unternahm ELSTER den Versuch, diesen Bezug wieder herzustellen, indem er der persönlichkeitsrechtlichen und vermögensrechtlichen Seite der gewerblichen Schutzrechte eine wettbewerbliche hinzufügte[4].

---

1) Vgl. die Nachw. bei Fikentscher, Wettbewerb, S.146/7; Reimer-v.Gamm, 7.K., Anm.3; Busse, WZG, Einf., Anm.4.

2) Hubmann, GR, S.41 ff; Reimer-v.Gamm, 7.K., Anm.3; v.Gamm, WZG, Einf., Anm. 45; Storkebaum-Kraft, § 25 WZG, Rdn.11.

3) Walz, S.120 ff, 125; Fikentscher, Wettbewerb, S.150.

4) Elster, Urheber-, Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, S.16 ff.

In seinem "Geistesgut - Wettbewerbsrecht" sah ELSTER die wettbewerbliche Komponente darin, daß zum schöpferischen Akt der Erfindung eine Erwerbsmotivation hinzutrete; damit sei "der Ring des Wettbewerbs um das zunächst neutrale Schaffen gelegt"[1].

Auf Grund einer teilweisen Kongruenz der Schutzgüter des UWG und des gewerblichen Rechtsschutzes verknüpfte er die beiden Rechtsgebiete und ordnete den gewerblichen Rechtsschutz der wettbewerblichen Generalklausel und damit auch ihrer Auslegung unter[2].

Von daher ist das gewerbliche Ausschlußrecht das Ergebnis einer am Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ausgerichteten Interessenabwägung.

Diese Ansicht verkennt den gemeinsamen historischen Bezugspunkt von UWG und gewerblichen Rechtsschutz, der in der Gewerbefreiheit liegt.

WALZ hat in seiner fundierten Untersuchung zum Patentschutz[3], dessen Entwicklung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts parallel zum Markenschutz verlief, den historischen Bezug dieser Schutzrechte zur Gewerbefreiheit aufgezeigt:

---

1) Elster, S. 24.

2) Zur Kritik an dieser Unterordnung, die vor Elster schon von Rosenthal, GRUR 10, 172; Wirth, GRUR 10, 319 und Mittelstaedt, GRUR 27, 137, vertreten wurde und sich auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und anfangs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet, vgl. v.Gamm, WZG, Einf., Anm.61 und Ulmer, Warenzeichen und unl. Wettbewerb, S.67; Wex, S.5/6.

3) insbes. S. 112 ff.

Im Gegensatz zu Frankfreich, wo die Gewerbefreiheit als von unten erkämpftes Recht entstand, wurde sie in Preussen von einer aufgeklärten Beamtenschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts zur Hebung des Gewerbefleißes durch die Befreiung von staatlicher Reglementierung einer darniederliegenden Wirtschaft von oben herab dekretiert. Dementsprechend wurden die öffentlichen, gewerbepolizeilichen Zunft- und Stadtrechte mit vereinzelten Ausnahmen beseitigt und nur der Namens- und Firmenschutz beibehalten[1].

Die aufkommende wirtschaftliche Prosperität mit Beginn der 60er Jahre machte jedoch die Erweiterung der Kennzeichnungsrechte zunächst auf Bildzeichen (Gesetz über den Markenschutz vom 30.11.1874), dann Wortzeichen (Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnung vom 12.5.1894) notwendig[2].

Zu Recht stellt deshalb Otto MAYER fest, "daß es in der That außerprivatrechtliche Gründe gewesen sein müssen, welche zu diesen Gesetzen geführt haben. Es sind offenbar volkswirtschaftliche, wohl auch sozialpolitische Erwägungen gewesen, welche uns bestimmten, die Gesetze anzunehmen. Jedenfalls handelt es sich um Eingriffe der Staatsgesetzgebung in das natürliche Spiel der Privatrechte, um positive Beschränkungen der Gewerbefreiheit aus höheren Rücksichten[3].

---

1) v.Gamm, WZG, Einf., Anm.2.

2) Kohler, WZG, S. 9 ff; Osterrieth, LB des GR, S. 263 ff; Seligsohn, Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnung, S. 19 ff.

3) Mayer, Die concurrence déloyale, ZHR 26, 363 ff, 436/7.

Im Falle der Kennzeichnungsrechte bestehen diese "Höheren Rücksichten" in der Notwendigkeit, ein rechtliches Ordnungsgefüge zum Aufbau einer Absatzorganisation bereitzustellen, um damit den Kundenkontakt als Voraussetzung einer planvollen Absatzpolitik zu erleichtern, wenn nicht sogar ihn erst zu ermöglichen[1].

So waren es denn auch die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts aufkommenden wirtschaftlichen Interessenverbände[2], die die Forderung nach einem Patent-, Muster- und Warenzeichenschutz zum Schutz ihrer gewerblichen Betätigung nachhaltig vortrugen[3].

Das Warenzeichen dient jedoch nicht nur den absatzpolitischen Interessen der Gewerbetreibenden[4], sondern erlangt mit seiner Aktualisierung auch marktordnende Funktion, indem es eine Unterscheidung und Zuordnung der Kennzeichnungsobjekte ermöglicht und damit die Markttransparenz erhöht[5].

---

1) Vgl.Fikentscher, Wettbewerb, S.140 ff; Witthüser, S.13.

2) Bsp.: Der deutsche Ingenieurverein, die deutsche chemische Gesellschaft, der Verband der deutschen Ingenieure.

3) Vgl. Fikentscher, Wettbewerb, S.140 ff; Walz, S.116 ff.

4) So aber wohl Fikentscher, auf Grund seines Ausgangspunktes der Reduktion des gewerblichen Rechtsschutzes auf einen Schutz der gewerblichen Betätigung.

5) Ähnlich Baumbach-Hefermehl, WZG, Einl., Anm.16; ebenso von der Osten, S.109.

Diese wettbewerbliche Funktion ist der historische und fortdauernde Grund für den Schutz der Kennzeichnungsrechte und bestimmt damit deren Wesen[1].

### 4.1.4. Zwischenergebnis

Schutzgrund der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung wie auch des Kennzeichnungsrechts ist die Funktionalität des Wettbewerbsprozesses hinsichtlich der Absatzbeziehung.

Mit dem kodifizierten Kennzeichnungsrecht wird ein rechtliches Ordnungsgefüge zum Aufbau und Schutz der Absatzbeziehung bereitgestellt, das eine Zuordnung und Unterscheidung der gekennzeichneten Leistungen ermöglicht.

Die Fehlzuordnung derartiger Herkunftsvorstellungen ist auch Schutzgrund der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung.

Dieser übereinstimmende Schutzgrund läßt die Annahme der Eigenständigkeit des wettbewerbsrechtlichen Schutzes, wie die Rechtsprechung gegenüber dem Kennzeichnungs- und Leistungsschutz annimmt[2], nicht zu.

---

1) Inwieweit dazu ein persönlichkeitsrechtlicher oder vermögensrechtlicher Gehalt tritt, kann hier unberücksichtigt bleiben, weil er nicht notwendiger, immanenter Bestandteil der Kennzeichnungsrechte ist.

2) Vgl. 1.4.2.

Durch eine Vergleichung der Schutzvoraussetzungen ist deshalb die Notwendigkeit einer Ergänzung bzw. die Unzulässigkeit einer Ersetzung der kennzeichnungsrechtlichen Schutzvoraussetzungen zu prüfen.

## 4.2. Schutzvoraussetzungen

### 4.2.1. Unternehmens- und Warenbezeichnung

Der Kennzeichnung der Ware dienen das Warenzeichen und nach § 25 WZG die Ausstattung. Auf das Unternehmen bzw. dessen Inhaber weisen nach § 16 I UWG der Name, die Firma samt Firmenabkürzung und Firmenschlagwort, die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts und eines Druckerzeugnisses, sowie nach § 16 III UWG die Geschäftsabzeichen. Die Gemeinsamkeit der in § 16 I UWG genannten Kennzeichnungsmittel besteht in der Namensqualität, d.h. in ihrer Unterscheidungs- und Hinweisfähigkeit mittels der Sprache[1].

Davon zu trennen ist die Frage der Schutzfähigkeit dieser Kennzeichnungsmittel, die im Rahmen von § 16 I UWG vorausgesetzt ist und den jeweils eigenen Regeln folgt[2].

---

1) Vgl. Gast, S. 30 - 32.

2) Vgl. zur Schutzfähigkeit ...
des Namens: Gast, S. 6/7; Reimer-v.Gamm, 8.K.
der Firma: Gast, S. 8-23; Reimer-v.Gamm, 13.K., Anm.2 und 15.K.;
der besonderen Geschäftsbezeichnung: Gast, S. 35 - 60.

Name und Firma haben zwar von sich aus keine auf das Unternehmen bezogene Herkunftsfunktion, da sie ihrem Wesen nach personenbezogen sind[1]. Im Geschäftsverkehr wird diese Trennung zwischen Personen- und Unternehmenskennzeichnung jedoch nicht vorgenommen, so daß auch dem Namen und der Firma Herkunftsfunktion für das Unternehmen zukommen[2].

Warenzeichen und Ausstattung können sich zur Kennzeichnung eines Unternehmens durchsetzen, wie auch umgekehrt die Unternehmenskennzeichen (waren-) zeichenrechtlich verwendet werden können[3].

Durch § 16 III 2 UWG ist jedoch klargestellt, daß nicht schon allein eine Unternehmenskennzeichnung den Schutz als Warenkennzeichnung erlangt und umgekehrt, so daß man genauer sagen kann, daß ein und derselbe Kennzeichnungsträger zwei Kennzeichnungsfunktionen (Unternehmens- und Warenkennzeichnung) haben kann[4].

---

1) Für natürliche und juristische Personen = Name; Firma als Handelsname eines Kaufmanns.

2) Reimer-v.Gamm, 10.K., Anm. 1; 13.K., Anm. 2; Gast, S.9; Baumbach-Hefermehl, vor § 16 UWG, Anm. 1, 5; anders ders., WZG, Einl., Anm.4.

3) Reimer-v.Gamm, 7.K., Anm. 2; 18.K., Anm. 1; 13.K., Anm. 2; 16.K., Anm. 26; Baumbach-Hefermehl, § 16 UWG, Anm. 139, 148; ders., WZG, Einl., Anm.4.

4) Ebenso Gast, S. 25-28.

### 4.2.2. Kennzeichnungsträger - Kennzeichnungswirkung

Die Kennzeichnungsträger[1] lassen sich in visuelle, sprachliche und andere akustische Mittel, die nicht durch die Sprache wiedergegeben werden können (z.B. Werbemelodie) unterteilen[2].

Der Schutz des Namens, der Firma, der besonderen Geschäftsbezeichnung und des Titels nach § 16 I UWG knüpft an sprachliche Kennzeichnungsmittel an, die über die notwendige Herkunftsfunktion hinaus Namensqualität haben. Namensqualität kommt nur sprachlichen Mitteln zu; ob ein sprachliches Mittel jedoch tatsächlich ein Unternehmen benennt, entscheidet die Verkehrsauffassung[3].

Die Abgrenzung dieser Kennzeichnungsmittel von den Geschäftseinrichtungen nach § 16 III UWG, einschließlich der Geschäftsabzeichen als Unterfall[4], erfolgt im allgemeinen durch eine negative Formulierung;

---

1) Synonyme Begriffe sind: Das Kennzeichen, das Kennzeichnungsmittel, in Sonderheit das Warenzeichen und die kennzeichnenden Merkmale der Ausstattung als Anknüpfungspunkt des rechtlichen Schutzes der Kennzeichnung; vgl. dazu unten.

2) Ebenso Gast, S.35; Dietze, MA 57, 322 ff.

3) Gast, S.31 ff, 35 ff; m.w.Nachw.; Reimer-v.Gamm, 15.K., Anm. 3 ff; Baur, S. 23.
Die Notwendigkeit der Namensqualität besteht nach allgemeiner Ansicht: Reimer-v.Gamm, 13.K., Anm. 2 und 18.K., Anm. 1 m.w.Nachw.; zum Erwerb der Namensqualität, vgl. näher: v.d.Osten, S.55/6; Gast, S. 57-60 und 147-150.

4) Gast, S.68/9.

Geschäftseinrichtungen sind die unternehmensbezogenen Kennzeichnungsmittel ohne Namensqualität[1]; positiv ausgedrückt sind das die visuellen und nichtsprachlichen-akustischen Kennzeichnungsmittel, ebenso aber auch die sprachlichen Kennzeichnungsmittel, soweit sie nicht benennen, somit keine Namensqualität haben[2].

Die Geschäftseinrichtungen umfassen deshalb über die in der Begründung zum Gesetz vom 1.7.1896[3] aufgeführten äußeren Erscheinungsformen der Arbeits- und Betriebsmittel auch Werbesprüche, die Ausgestaltung von Verpackungen, sowie Farben, Buchstaben, Zahlen etc.[4].

Für den Warenzeichenschutz nach den §§ 1, 4 WZG kommen nur visuelle, zweidimensional darstellbare und der Ware gegenüber selbständige, einheitlich erfaßbare (Kennzeichnungs-) Mittel in Betracht, die unterscheidungsfähig sind und deshalb Herkunftsfunktion erlangen können[5].

---

1) Reimer-v.Gamm, 19.K., Anm.1 und 13.K., Anm.2; Baumbach-Hefermehl, § 16 UWG, Anm. 140; Hefermehl, FS/Hueck, S. 519 ff, 527; v.Godin, U § 16, Anm.30; Baur, S. 25.

2) Zur Bedeutung dieser Unterscheidung im Falle der Werbeslogans, vgl. unten näher.

3) Zit. bei Reimer-v.Gamm, 19.K.

4) Reimer-v.Gamm, 19.K., Anm.2; Baumbach-Hefermehl, § 16 UWG, Anm. 137 ff.

5) Reimer-Trüstedt, 4.K., Anm.1 ff; Baumbach-Hefermehl, § 1 WZG, Anm. 57 ff; zur Unterscheidungsfähigkeit, vgl. Reimer-Trüstedt, 5.K., Anm.5.

Das Erfordernis der zweidimensionalen Darstellbarkeit ergibt sich schon aus der notwendigen Eintragungsfähigkeit in die Zeichenrolle[1].

Plastische Zeichen sind als Warenzeichen nicht zulässig, da sie nicht eintragbar sind, wohl aber deren Abbildung, die dann sogar gegen die Verwendung plastischer Modelle warenzeichenrechtlich geschützt werden können[2].

Selbständigkeit bedeutet begriffliche Verschiedenheit vom Wesen der Ware, ohne daß damit eine körperliche Verbindung ausgeschlossen wäre[3].

Das Merkmal der einheitlichen Erfaßbarkeit fließt aus der Funktion des Warenzeichens als Kennzeichen und Werbeträger. Die damit geforderte Prägnanz läßt "Slogans"oder sonstige Texte, die wegen ihrer Länge das Schlagwortartige oder Werbemäßige überschreiten, nicht zu[4].

---

1) Zur Unterscheidung zwischen Eintragungs- und Zeichenfähigkeit, vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 WZG, Anm. 59.

2) Reimer-Trüstedt, 4.K., Anm.3; Baumbach-Hefermehl, § 1 WZG, Anm.68; "Palmolive" - BGH GRUR 64, 454 ff, C 1; zu den Grenzfällen bei Webkanten und Kennfäden vgl. einerseits Reimer-Trüstedt, a.a.O. gegen Baumbach-Hefermehl, a.a.O. , mit weit.Hinw.

3) Reimer-Trüstedt, 4.K., Anm.4; Baumbach-Hefermehl, § 1 WZG, Anm. 58.

4) Reimer-Trüstedt, 4.K., Anm.6; Baumbach-Hefermehl, § 1 WZG, Anm. 60.

Die Ausstattungsmittel nach § 25 WZG reichen weiter und schließen die Warenzeichen ein. Somit kann nicht jede Ausstattung Warenzeichen, aber jedes Warenzeichen Ausstattung sein.

Als Ausstattungsmittel kommt deshalb alles in Betracht, was als Kennzeichen der Herkunft einer Ware aus einem bestimmten Betrieb und zur Unterscheidung dieser Waren von denen der Mitbewerber zu dienen geeignet ist, somit Bilder, Wörter, Werbesätze, Buchstaben, Zahlen, zusammengesetzte Zeichen, Farben und Farbzusammenstellungen, Bücher, Muster, Firmennamen und Firmenschlagwort, die eigenartige kennzeichnende Gestaltung der Ware selbst, die Warenabbildung[1].

Wie beim Warenzeichen ist auch bei der Ausstattung Selbständigkeit und einheitliche Erfaßbarkeit der Kennzeichnungsmittel verlangt[2].

---

1) Allg.M.; Reimer-Trüstedt, 39.K., Anm. 1; v.d.Osten, S. 36; Wex, S. 33/34.

2) Das Kriterium der Selbständigkeit und die damit zusammenhängenden Begriffe "Wesen der Ware", "Zutat", "begriffliche Verschiedenheit" und die Bedeutung der Selbständigkeit in bezug auf die Verhinderung einer Monopolisierung werden unten eingehend erörtert werden; vgl. 5.2.2.

Schutzobjekt der Kennzeichnungsrechte ist der Kennzeichnungsträger, also Name, Firma und die weiteren in § 16 I UWG genannten Kennzeichnungsmittel, die Geschäftseinrichtung nach § 16 III UWG, das Warenzeichen und die kennzeichnenden Merkmale der Ausstattung[1].

---

1) Für die Unternehmensbezeichnung: vgl. Gast, S.78 und 101;
für das Warenzeichen: Reimer-Trüstadt 3.K., Anm. 1, Ziff. 2;
für die Ausstattung: Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 12;
Dies wird für das Firmenschlagwort, das keine ursprüngliche Unterscheidungskraft besitzt und deshalb Verkehrsgeltung voraussetzt, bestr.; Reimer, 3. A., S. 440 und Reimer-v.Gamm, 17.K., Anm.2: Es handle sich in diesen Fällen um keinen echten namensmäßigen Firmenschutz, sondern um einen Schutz der Verkehrsgeltung in Parallele zum Ausstattungsschutz.
Diese Ansicht verkennt, daß mit der Verkehrsgeltung Namensqualität konstitutiv begründet wird - ebenso Hefermehl, FS/Hueck, S. 534 und von der Osten, S. 17 -, so daß nicht "echter namensmäßiger Firmenschutz" vom "Schutz der Verkehrsgeltung", sondern "namensmäßiger Firmenschutz auf Grund ursprünglicher Namensqualität" und "namensmäßiger Firmenschutz kraft Verkehrsgeltung" zu unterscheiden ist.

Die Ansicht von HEFERMEHL[1], "nicht der Träger der Kennzeichnung, sondern die Kennzeichnungswirkung (sei) geschützt", steht nicht entgegen; sie macht nur deutlich, daß nicht der Kennzeichnungsträger als solcher sondern als Anknüpfungspunkt der Kennzeichnungswirkung geschützt wird. Der Rechtsschutz gilt also der Kennzeichnungswirkung[2].

Die Kennzeichnungswirkung ist nicht einheitlich, denn die Kennzeichnung übt im geschäftlichen Verkehr mehrere Funktionen aus, die teilweise als Schutzvoraussetzung notwendig sind, teilweise hinzukommen k ö n n e n .

---

1) Baumbach-Hefermehl, WZG, § 25, Anm.6; ebenso wohl Storkebaum-Kraft, § 31, Rdn. 4.

2) Allg. M.; vgl. v.d.Osten, S.109; Gast, S.78; Baumbach-Hefermehl, WZG, Einl. Anm. 7, 14; anders bei der "Berühmten Marke", die jedoch nicht durch das Wettbewerbsrecht, sondern über §§ 1004, 823 BGB geschützt wird.

## 4.2.3. Kennzeichnungsfunktionen

### 4.2.3.1. Funktionen der Warenkennzeichnung

Nach § 1 WZG hat das Warenzeichen den Zweck, die Ware eines Gewerbetreibenden zu kennzeichnen, um sie von denen anderer zu unterscheiden. Diese Herkunftsfunktion ist damit notwendige Voraussetzung des Rechtsschutzes[1]. Für die Kennzeichnung genügt der Hinweis auf ein bestimmtes, nicht notwendig individualisiertes (die Individualisierung übernimmt die Warenzeichenrolle) Unternehmen, da lediglich die "Gleichmäßigkeit der Herkunftsstätte" entscheidend ist[2].

Darüberhinaus erfüllt das Warenzeichen noch weitere, aus der Herkunftsfunktion abgeleitete Funktionen, die als nicht notwendige Funktionen hinzukommen können.

Durch die Kennzeichnung der Ware aus einem bestimmten Betrieb stellt das Warenzeichen ein wichtiges Werbeelement im geschäftlichen Verkehr dar; das Warenzeichen hat Werbefunktion.

---

1) Vgl. v.d.Osten, S. 109; Schutzwürdigkeit des Kennzeichens erst, wenn es tatsächlich Hinweiskraft erlangt hat.

2) Zum Ganzen vgl.Reimer-Trüstedt, 3.K., Anm.1; Baumbach-Hefermehl, WZG, Einl., Anm. 8; Busse, WZG, Einl., Anm.1; Fikentscher, Wettbewerb, S. 139; Hubmann, GR § 4 IV Zif.1; Wenzel, S.37 ff; für die Ausstattung, vgl. Heydt, 38.K., Anm.3; Storkebaum-Kraft, § 25 WZG, Rdn. 19.

Diese Werbefunktion kann allein auf der Herkunftsfunktion und der Ingebrauchnahme beruhen, sie kann jedoch ganz erheblich durch die "Suggestiv- und / oder Attraktionskraft" (HEFERMEHL) gesteigert werden[1].

Die sogenannte Garantie-, Gewähr- oder Vertrauensfunktion ist die wirtschaftlich wichtigste Funktion und beinhaltet, daß das Warenzeichen Träger von Güte- und Qualitätserwartungen sein kann, die auf der Unternehmensseite zu einem wirtschaftlichen Vermögenswert steigerungsfähig sind[2].

Die Bezeichnung als "Garantiefunktion" ist jedoch insofern ungenau, als sich diese Kundenpräferenzen nicht zu einem rechtlichen Anspruch verdichten und damit nicht durch das Warenzeichen "garantiert" werden; sie werden nur im Rahmen von § 11 I Ziff.3 WZG gegen Täuschung auf Grund einer unrichtigen inhaltlichen Angabe geschützt[3].

---

1) Reimer-Trüstedt, a.a.O., Baumbach-Hefermehl, WZG, Einl., Anm. 6 ff, 14 ff; Busse, a.a.O.; Fitkentscher, a.a.O.; Hubmann, a.a.O.; Wenzel, S.48 ff.

2) Busse, a.a.O. spricht in diesem Zusammenhang von einer "Wertfunktion". Dieser unternehmerische Kapitalwert ist jedoch keine Funktion des Warenzeichens, denn es dient nicht in diesem Sinne einem bestimmten Zweck, sondern ist ein Reflex der Kundenpräferenzen.

3) Zu § 11 I Ziff.3 WZG vgl. "Raiffeisen" - BGH GRUR 57, 350 und "Triumpf" - BGH GRUR 59, 25; zur Garantiefunktion vgl. Reimer-Trüstedt, a.a.O.; Baumbach-Hefermehl, WZG, Einl., Anm.14; Busse, a.a.O.; Fikentscher, a.a.O., Hubmann, a.a.O.; Wenzel, S. 44 ff.

Teilweise werden noch andere Funktionen genannt. Dem Warenzeichen soll Schutzfunktion zukommen[1], weil das Warenzeichen Schutz gegen Zeichenverletzung biete. Dieser Schutz ist jedoch keine Funktion des Warenzeichens, um dessen willen Schutz gewährt würde, sondern bezeichnet die rechtliche Ausgestaltung des Warenzeichens als Immaterialgüterrecht[2].

Die Funktionen des Ausstattungsschutzes sind identisch[3].

4.2.3.2. Funktionen der Geschäftskennzeichnung

Im geschäftlichen Verkehr erlangen der Name und die Firma über ihre Namensfunktion hinaus, d.h. über ihre personenbezogene Kennzeichnung und Unterscheidung von anderen Gewerbetreibenden, auch Herkunftsfunktion für das Unternehmen[4]. Die besondere Geschäftsbezeichnung tritt an Stelle des Namens oder der Firmenbezeichnung als geschäftliche Kennzeichnung mit eigener Namens- und Herkunftsfunktion.

Keine Namens-, wohl aber Herkunftsfunktion kraft Verkehrsgeltung besitzen die Kennzeichnungsmittel des § 16 Abs. 3 UWG[5]. Gemeinsam ist damit allen Geschäftskennzeichen die Herkunftsfunktion[6].

---

1) So Busse, a.a.O.; Fikentscher, a.a.O.

2) Ebenso Baumbach-Hefermehl, WZG, Einl., Anm.19.

3) Reimer-Trüstedt, 37.K., Anm.4.

4) Vgl. Reimer-v.Gamm, 13.K., Anm. 2; 15.K., Anm.3; 18.K., Anm.1; 19.K., Anm.1.

5) Vgl. Reimer-v.Gamm, a.a.O.

6) Auf die Namensfunktion kommt es hier nicht an. Sie erlangt Bedeutung bei der Abgrenzung der Kennzeichnungsträger; vgl. 4.2.2.

Diese Herkunftsfunktion beinhaltet die Unterscheidungs- und Hinweisfähigkeit dieses Geschäftskennzeichens auf ein bestimmtes Unternehmen als notwendige Voraussetzung dieses Kennzeichnungsschutzes[1].

Weitere, mit dem Warenzeichenrecht übereinstimmende Kennzeichnungsfunktionen, werden im allgemeinen nicht genannt.
Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, diese weiteren Funktionen für die Geschäftskennzeichen abzulehnen. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Werbe- und Garantiefunktion aus der Herkunftsfunktion abgeleitet sind und auch die Werbe- und Garantiefunktion der Warenzeichen ihren Ausgangspunkt im jeweiligen Unternehmen als Hersteller der so gekennzeichneten Waren haben.

Die Geschäftskennzeichen können deshalb ebenso eine Werbefunktion, wie eine Garantiefunktion im Sinne von Güte- und Qualitätserwartungen der Kunden und einen auf diesen Kundenpräferenzen basierenden wirtschaftlichen Vermögenswert haben[2].

---

1) Für die Firma: vgl. Reimer-v.Gamm, 15.K., Anm.3; soweit von "Kennzeichnungskraft" die Rede ist, ist diese identisch mit der hier genannten Hinweisfähigkeit; ebenso Gast, S. 33/4.

Für die Geschäftsbezeichnung: vgl. Reimer-v.Gamm, 18.K., Anm.3;

Für die Kennzeichnungsmittel des § 16 III UWG: vgl. Reimer-v.Gamm, 19.K., Anm.2 mit Verweis auf die Begründung des Gesetzes vom 1.7.1896.

2) Im Ergebnis ebenso Gast, S. 80/1.

Zusammenfassung:

Warenkennzeichen und Geschäftskennzeichen haben als notwendige Voraussetzung Herkunftsfunktion, d.h. Unterscheidungs- und Hinweisfähigkeit.

Als weitere mögliche Funktionen treten bei beiden Kennzeichnungsarten die Werbe- und Garantiefunktion hinzu. Die "Garantie" beschränkt sich jedoch auf einen Täuschungsschutz.

Diese Identität der Funktionen darf jedoch nicht die inhaltliche Differenz verdecken: Die Funktionen beziehen sich im einen Fall auf eine Ware aus einem bestimmten, nicht notwendig identifizierten Betrieb, zum anderen direkt auf das gekennzeichnete Unternehmen.
Damit verengt sich die Abgrenzung der Fallgruppe der Herkunftstäuschung zum Kennzeichnungsrecht auf die Warenkennzeichnung nach den §§ 1, 25 WZG.

### 4.2.4. Verwechslungsgefahr

Anlaß des Kennzeichnungsschutzes ist das Bestehen einer Verwechslungsgefahr.

Da die Verwechslungsgefahr für das gesamte Kennzeichnungsrecht wie für das allgemeine Wettbewerbsrecht gleich zu beurteilen ist, haben die Ausführungen zur Verwechslungsgefahr bei der Leistungsübernahme, die nach § 1 UWG beurteilt wird, auch für die Warenkennzeichnung Gültigkeit[1)].

Somit genügt auch im Kennzeichnungsrecht Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne[2)].

---

1) Vgl. 2.3.

2) Allgemeine Meinung; vgl. Gast. S. 91 ff; dagg. Kraft in Storkebaum-Kraft, § 31 WZG, Anm.22 ff: Er hält die Annahme der Lehre und Rechtsprechung, die beteiligten Verkehrskreise würden sich solche Vorstellungen über wirtschaftliche Zusammenhänge (im weitesten Sinne) machen, für eine unzulässige Unterstellung (Anm. 26). Über die Ausdehnung des Unternehmensbegriffs kommt er jedoch zum gleichen Ergebnis, denn nach seiner Ansicht ist es für die beteiligten Verkehrskreise unerheblich, ob "dasselbe Unternehmen" juristisch die gleiche Person ist, oder ein juristisch selbständiges Gebilde in engen wirtschaftlichen Beziehungen zu dem Inhaber des älteren Zeichens steht (Anm. 30).

Unternehmenskennzeichen sind deshalb nicht erst dann geschützt, wenn die Gefahr einer irrtümlichen Annahme einer Unternehmensidentität besteht, sondern bereits dann, wenn auf Grund der Übereinstimmung oder Annäherung der Kennzeichen organisatorische oder besondere wirtschaftliche Beziehungen zwischen zwei bestimmten Unternehmen angenommen werden müssen. Warenkennzeichen sind nicht erst dann geschützt, wenn die Gefahr einer irrigen Annahme besteht, die damit gekennzeichneten Waren stammten aus dem gleichen, nicht notwendig individualisierten Betrieb, sondern bereits dann, wenn geschäftliche oder organisatorische Beziehungen zwischen diesen Betrieben vermutet werden müssen.

### 4.2.5. Die Bedeutung der Verkehrsgeltung für den Schutzbeginn der Kennzeichnungsrechte[1)]

Für den Schutzbeginn der Kennzeichnungsrechte lassen sich 3 Tatbestände unterscheiden:

1. - Der formelle Akte der Registereintragung
2. - Der tatsächliche Akt der Ingebrauchnahme
3. - Die Verkehrsgeltung

---

1) Mit dem Begriff der Verkehrsgeltung sind keine quantitativen Erfordernisse verbunden, sondern wird lediglich eine aktuelle "Einstellung des Publikums" (v.d.Osten, S. 17/8), das Bestehen von Herkunftsvorstellungen bezeichnet; deshalb werden Begriffe wie "Verkehrsbekanntheit", "Verkehrsdurchsetzung" gleichgesetzt.

4.2.5.1. Entwicklungsbegünstigung - Schutz einer aktuellen Wettbewerbslage

Nach den §§ 1, 15 WZG beginnt der Schutz des Warenzeichens mit seiner Eintragung. Die begrifflichen Voraussetzungen für das Warenzeichen ergeben sich aus der in § 1 WZG formulierten Herkunftsfunktion, wonach das Warenzeichen zur Unterscheidung der Waren eines Gewerbetreibenden von denen anderer dient, und aus § 4 II Ziff.1 WGZ. Danach muß das Zeichen Unterscheidungskraft haben, d.h. es muß unterscheidungsfähig sein. Soweit das Zeichen keine ursprüngliche Unterscheidungsfähigkeit hat, wie etwa die in § 4 II Ziff.1 genannten Zeichen, ist eine Eintragung nach Erwerb der Unterscheidungsfähigkeit durch eine entsprechende Verkehrsgeltung nach § 4 III WZG möglich[1].

Demgegenüber sind die Unternehmenskennzeichen nach § 16 Abs.1 UWG bereits mit der Ingebrauchnahme geschützt, ohne daß es auf den formellen Akt der Eintragung ankäme[2].

Gemeinsames Merkmal dieser Unternehmenskennzeichen ist ihre Namensqualität, die ursprünglich Hinweis- und Unterscheidungsfähigkeit beinhaltet[3].

---

1) Unstr.; vgl. v.d.Osten, S.20 ff; v.Gamm, § 1 WZG, Anm.2. Zur Höhe dieser Verkehrsgeltung vgl. 4.2.5.2. und 4.2.5.3.

2) Unstr.; vgl. Gast, S.142 ff, m.w.Hinw.; v.d.Osten, S.54/5; Baur, S.16 ff; Baumbach-Hefermehl, § 16 UWG, Anm.40.

3) 4.2.2.

Damit besteht die Gemeinsamkeit dieser beiden Fälle eines Kennzeichnungsschutzes in der ursprünglichen Unterscheidungsfähigkeit der Kennzeichnungsmittel als Voraussetzung des Schutzes, der im Hinblick auf eine aktuelle Kennzeichnungswirkung als antizipierter Schutz ausgelegt ist.

Der Grund für diesen antizipierten Schutz besteht in der aus wettbewerblichen Gründen gebotenen Notwendigkeit zur Bereitstellung eines rechtlichen Systems, das dem Gewerbetreibenden die Möglichkeit einer planvollen Absatzpolitik durch Unternehmens- und Warenzuordnung und entsprechende Unterscheidung gewährleistet[1].

Dieser vorgezogene Schutz ist bereits von E.ULMER[2] unter dem Begriff der "Entwicklungsbegünstigung" für das Warenzeichenrecht, insbesonder für die Zulässigkeit von Defensiv- und Vorratszeichen, als tragender Grundsatz des Kennzeichnungsrechts erkannt worden[3].

Dieser Entwicklungsbegünstigung steht der Schutz einer aktuellen Wettbewerbslage bestehender Herkunftsvorstellungen gegenüber. Diese Herkunftsvorstellungen können einerseits das Ergebnis einer solchen Entwicklungsbegünstigung sein, indem unterscheidungsfähige Kennzeichnungsmittel durch die

---

1) Ebenso v.d.Osten, S. 109/110 für die Firma

2) Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, S. 63 ff, 69/70.

3) Im Anschluß an Ulmer ebenso: Fikentscher, Wettbewerb, S.140; Hubmann, GR, S.38; 3.K., Anm.3. Reimer-Trüstedt,3.K., Anm.3.

Werbeleistung des Gewerbetreibenden aktuelle Kennzeichnungswirkung entfaltet haben[1]; ebenso können jedoch ursprünglich nicht unterscheidungsfähige Kennzeichnungsmittel durch die unternehmerische Leistung im Verkehr Herkunftsfunktion erlangt haben. In diesem Fall haben dann ursprünglich nicht unterscheidungsfähige Merkmale Verkehrsgeltung als unternehmensbezogener oder warenzeichenrechtlicher Herkunftshinweis erworben. Die Verkehrsgeltung übernimmt damit gleichsam Ersetzungsfunktion für die fehlende ursprüngliche Unterscheidungsfähigkeit[2].

Die Fähigkeit, diese Verkehrsgeltung zu erlangen, ist bei den einzelnen Merkmalen unterschiedlich: Sie ist abhängig von der Eigenart des Wortes, des Bildes, der Aufmachung oder welches Merkmal auch sonst verwandt wird; zudem sind in der Regel kombinierte Wort-Bild-Zeichen besser geeignet, als reine Bildzeichen[3].

---

1) Wegen des bereits bestehenden Schutzes ist diese Fallgestaltung hier nicht weiter zu verfolgen.

2) Ähnlich Noelle-Neumann/Schramm, GRUR 66, 74; Schramm, Grundlagen, S.28; von der Osten, S.22, 31, 54, 110.

3) Vgl. die Nachweise bei Noelle-Neumann/Schramm, GRUR 66, 70 ff, 77.

4.2.5.2. Höhe der Verkehrsgeltung

Zu den Anforderungen an die Höhe[1] der Verkehrsgeltung ist zunächst festzuhalten, daß trotz unterschiedlichen Wortlauts von § 4 III WZG einerseits und § 25 WZG, sowie § 16 III UWG andererseits kein Unterschied besteht, so daß bei gleichen Merkmalen für den warenzeichenrechtlichen, wie für den unternehmensbezogenen Kennzeichnungsschutz auch dieselben Anforderungen gestellt werden müssen[2].

Soweit v.GAMM[3] die Unanwendbarkeit der zu § 4 II Ziff.1, III WZG entwickelten Grundsätze auf die übrigen Kennzeichnungsrechte mit dem unterschiedlichen räumlichen Bereich der Verkehrsgeltung[4] und den unterschiedlichen Schutzvoraussetzungen der Kennzeichnungsrechte[5] begründet, stehen diese Einwände

---

1) Von der Frage der Quantität ist die vorrangige Frage nach den "beteiligten Verkehrskreisen", d.h. nach dem relevanten Personenkreis sowohl in räumlicher Hinsicht, als auch in ihrer Funktion im Wettbewerbsprozeß - als Zwischenhändler oder Endabnehmer oder Konkurrent - zu trennen.

2) v.d.Osten, S.17, 41/2, 54, 57; Noelle-Neumann/Schramm, GRUR 66, 70 ff, 79/80; "Nährbier" - BGH GRUR 60, 87; dagg.: Storkebaum-Kraft, § 25 WZG, Rdn. 18.

3) v.Gamm, WZG, § 4, Anm. 76/81.

4) Bei einer Eintragung eines Merkmals mit fehlender ursprünglicher Unterscheidungsfähigkeit wird Verkehrsgeltung im gesamten Gebiet der BRD verlangt, während für § 16 III UWG, § 25 WZG auch eine örtlich beschränkte Verkehrsgeltung genügt; dies hat seinen Grund jedoch darin, daß durch die Eintragung keine weitergehenden Rechte eingeräumt werden sollen, als durch die Verkehrsgeltung bereits räumlich besteht; vgl. v.Gamm, § 4 WZG, Anm.86; v.d.Osten, S.23 ff; Busse, § 4 WZG, Anm.131; Baumbach-Hefermehl, § 4 WZG, Anm.101.

5) Bei §§ 1, 4 WZG: formelles Erfordernis der Eintragung und Beschränkung auf zeichenfähige Merkmale; s.o.

nicht entgegen, da sie die Faktoren für die Höhe der Verkehrsgeltung nicht berühren. Soweit v.GAMM sich weiterhin auf den unterschiedlichen Gesetzeswortlaut von § 4 III einerseits und § 25 WZG und § 16 III UWG andererseits beruft, ist dieser auf den unterschiedlichen Entstehungszeitpunkt der Gesetze rückführbar[1].

Teilweise wird vertreten, die erforderliche Höhe der Verkehrsgeltung ergebe sich aus einer Interessenabwägung zwischen den wirtschaftlichen Interessen desjenigen, der den Kennzeichnungsschutz für sich in Anspruch nimmt und den Mitbewerbern und deren Freihaltebedürfnis[2], oder aus einer Abwägung gegenüber der "Allgemeinheit", der "Abnehmerschaft", oder aus den Grundsätzen des "Leistungswettbewerbs" oder der "Wettbewerbsfreiheit"[3].

Es besteht also hier die gleiche methodische Unklarheit, wie bei der Frage der Zumutbarkeit abweichender Gestaltung bei der Leistungsübernahme[4]. Wie dort gilt auch hier, daß die Interessenabwägung nur methodisches Hilfsmittel der Entscheidungsfindung ist, deren Wertfaktor und maßgeblicher Entscheidungsgesichtspunkt einer funktionalen Betrachtung und damit den wettbewerblichen Funktionen der Kennzeichnungsrechte im Wettbewerbsprozeß zu entnehmen ist.

---

1) Vgl. ausführlich v.d.Osten, S.17/8; Noelle-Neumann/Schramm, GRUR 66, 70 ff, 79/80.

2) So etwa v.d.Osten, S.40; Reimer-Heydt, 39.K.,Anm13.

3) v.d.Osten. S.23/4, 28, 32, 38 - 40.

4) vgl. 3.1.

Die Kennzeichnungsrechte sind, wie bereits dargelegt, notwendiges Instrument einer unternehmerischen Absatzpolitik. Durch die Voraussetzung der Herkunftsfunktion erlauben sie eine Zuordnung der Marktleistung und erhöhen damit die Markttransparenz.

Der Erwerb dieser Herkunftsfunktion für ein bestimmtes Merkmal steht in Abhängigkeit von der Eignung eines Merkmals diese Herkunftsfunktion zu erwerben[1].

Falsch ist die verbreitete Ansicht, die erforderliche Höhe der Verkehrsgeltung, d.h. der erforderliche prozentuale Anteil der beteiligten Verkehrskreise, für den mit einem bestimmten Merkmal eine unternehmensbezogene oder warenzeichenrechtliche Herkunftsvorstellung verbunden ist, stehe in Abhängigkeit von der Eignung des Merkmals, Unterscheidungsfunktion zu erwerben[2].

Diese Ansicht verkennt die funktionale Bedeutung des Kennzeichnungsschutzes:

Schutzgrund der Kennzeichnungsrechte ist die einem bestimmten Merkmal zukommende Herkunftsfunktion für die beteiligten Verkehrskreise. Der Schutz gegen Verwechslungsgefahr durch andere, verwechslungsfähige Kennzeichen beginnt jedoch nicht schon

---

1) Vgl. 4.2.5.1.

2) Busse, § 4 WZG, Anm. 131/7 und § 25 WZG, Anm. 21; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm. 40/1; Schramm, Grundlagen, S.27/8; Noelle-Neumann/Schramm, GRUR 66, 70 ff, 74; v.Gamm, § 25 WZG, Anm.18.

bei entsprechenden Herkunftsvorstellungen eines unbeachtlichen Teils, sondern verlangt ein quantitatives Minimum als untere Grenze einer relevanten Täuschung, die erforderliche Verkehrsgeltung.

Diese Verkehrsgeltung, die eine bestimmte wettbewerbliche Situation, eine bestimmte Absatzbeziehung kennzeichnet, ist unabhängig von der Eignung eines Merkmals Herkunftsfunktion zu erlangen; mangelnde Eignung kann durch erhöhte unternehmerische Anstrengungund Aufwand ersetzt werden. Entscheidend für den Kennzeichnungsschutz ist allein das Ergebnis, eine bestimmte Verkehrsgeltung auf dem Markt, die gegen Verwechslungsgefahr zu schützen ist. Damit ist gleichzeitig bestimmt, daß die erforderliche Verkehrsgeltung grundsätzlich für alle Merkmale gleich ist, unabhängig von ihrer ursprünglichen Unterscheidungsfähigkeit und Eignung, Herkunftsfunktion zu erwerben[1].

---

1) Baur, S.11, 18; v.Gamm, § 4 WZG, Anm. 76; "Nährbier" - BGH GRUR 60, 83 ff, 87; eine genaue quantitive Bestimmung ist hier nicht erforderlich - vgl. dazu etwa: Noelle-Neumann/Schramm, GRUR 66, 70 ff, 81/2; Harmsen, GRUR 68, 503 ff.

4.2.5.3. Einfluß des Freihaltebedürfnisses

Dies gilt jedoch nur, soweit an diesen Merkmalen kein Freihaltebedürfnis besteht.
Besteht ein Freihaltebedürfnis an einem Merkmal, so muß nach allgemeiner Ansicht die erforderliche Verkehrsgeltung erhöht werden[1)].

Zunächst erscheint dies nicht einsichtig, denn das Freihaltebedürfnis ist kein abstrakter Wert, sondern manifestiert sich im Mitgebrauch desselben Merkmals durch die Mitbewerber. Die Erlangung der Verkehrsgeltung für einen einzelnen Gewerbetreibenden setzt aber die Alleinbenutzung durch diesen Gewerbetreibenden voraus. Damit hindert der aus dem Freihaltebedürfnis entspringende Mitgebrauch den Erwerb der erforderlichen Verkehrsgeltung für einen einzelnen Gewerbetreibenden; das Merkmal erlangt keine Herkunftsfunktion. Das gilt aber nicht ausnahmslos. Denkbar ist, daß sich dieser Mitgebrauch in der Zeit bis zur Erlangenung einer Verkehrsgeltung für bestimmte Kennzeichen eines Konkurrenten nicht realisiert hat, zum Beispiel, weil neuen Merkmalen mit großem Werbeaufwand Verkehrsgeltung verschafft wurde, bevor die Mitbewerber reagieren konnten. In derartigen Fällen, bei denen für den Geschäftsverkehr notwendige deskriptive Merkmale zur Herausstellung der Leistungen im Wettbewerb entzogen würden und die Gefahr bestünde, daß die Abnehmer zu der

---

1) "Nährbier"-BGH GRUR 60, 83 ff; "form-strip" - BGH GRUR 62, 299 ff, 302; "Buntstreifen I" - BGH GRUR 62, 144 ff, 14 .

irrigen Annahme verleitet werden könnten, der Kennzeichnungsinhaber sei Alleinhersteller oder Alleinvertriebsinhaber[1], sind die Voraussetzungen an die Verkehrsgeltung grundsätzlich[2] so weit zu erhöhen, daß durch den Nachweis dieser Verkehrsgeltung die Annahme eines Freihaltebedürfnisses auch für diese Merkmale widerlegt wird. Einer solchen Verkehrsgeltung kann dann nicht mehr der Einwand eines Freihaltebedürfnisses entgegengesetzt werden[3].

Bei Merkmalen ohne ursprüngliche Unterscheidungsfunktion, zu denen auch Zahlen, Buchstaben und beschreibende Angaben gehören, genügt "normale" Verkehrsgeltung, weil oder soweit wegen der Vielfalt der Variationsmöglichkeiten kein Freihaltebedürfnis besteht oder so gering ist, daß es durch diesen Grad der Verkehrsgeltung widerlegt wird[4].

---

1) v.d.Osten, S.26 ff, 27/8.

2) Die Ausnahme gilt für Merkmale, die das Wesen der Ware bestimmen; vgl. dazu 5.3.

3) v.d.Osten, S.24, 42; Tetzner, WRP 56, 93; ders., § 25 WZG, Anm. 10; Reimer-v.Gamm, 15.K., Anm.7; v.Gamm, § 4 WZG, Anm.29; Noelle-Neumann/Schramm, GRUR 66, 70 ff, 77; Storkebaum-Kraft, § 31, Rdn.77.

4) Reimer-Trüstedt, 5.K., Anm.11; v.d.Osten, S.23-26; "Nährbier" - BGH GRUR 60, 83 ff, 86/7; a.A. v.Gamm: "Durchsetzung" - diese Folgerung resultiert jedoch aus der bereits obenabgelehnten Ansicht, vgl. 4.2.4.2

Soweit beschreibende Angaben, wie über die Herstellung der Ware, ihre Beschaffenheit oder Bestimmung notwendig sind, ist das starke Freihaltebedürfnis des Geschäftsverkehrs erst mit fast einhelliger Durchsetzung ausgeräumt[1].

Die Notwendigkeit zur Freihaltung besteht jedoch dann nur noch in eingeschränktem Maße oder nicht, wenn solche deskriptiven Angaben wenig gebräuchlich oder von einer gewissen Eigenart sind, oder - z.B. bei geographischen Herkunftsangaben - nur ein Bezugsobjekt (Ware/Unternehmen) zur Kennzeichnung in Betracht kommt[2].

---

1) Reimer-Heydt, 39.K., Anm. 13; Reimer-Trüstedt, 5.K., Anm. 5-10; v.d.Osten, S.26 ff, 41; v.Gamm, § 4 WZG, Anm.81; Busse, § 4 WZG, Anm.131/7; Baumbach-Hefermehl, § 4 WZG, Anm.102; Noelle-Neumann/Schramm, GRUR 66, 70 ff, 78.

2) Busse, § 4 WZG, Anm.137; "Nährbier" - BGH GRUR 60, S.83 ff, 87; v.d.Osten, S.29.

Zusammenfassung:

Merkmale ohne ursprüngliche Unterscheidungsfähigkeit können Verkehrsgeltung als waren- oder unternehmensbezogener Herkunftshinweis erwerben.

Die erforderliche Verkehrsgeltung, d.h. die mit dem Merkmal verbundene Herkunftsvorstellung bei einem bestimmten prozentualen Anteil der beteiligten Verkehrskreise, ist als Schutzvoraussetzung konstant. Der Schutzbeginn ist an ein quantitatives Minimum gekoppelt, mit dessen Erreichen eine schutzwürdige Wettbewerbslage/Absatzbeziehung erreicht ist. Dies gilt jedoch nur, soweit kein Freihaltebedürfnis des Geschäftsverkehrs besteht.

Das Freihaltebedürfnis des Geschäftsverkehrs nimmt ein Merkmal vom Kennzeichnungsschutz aus, wenn andernfalls für den Geschäftsverkehr notwendige Merkmale und Angaben zur Herausstellung der Leistungen im Wettbewerb entzogen würden.

Da durch eine entsprechende Verkehrsgeltung die Annahme eines Freihaltebedürfnisses widerlegt ist, sind an die Verkehrsgeltung umso höhere Anforderungen zu stellen, je notwendiger das Merkmal im Wettbewerb gebraucht wird, je größer also das Freihaltebedürfnis ist.

## 4.3. Zwischenergebnis

Die Fallgruppe der Herkunftstäuschung ist gekennzeichnet durch das Erfordernis der "wettbewerblichen Eigenart" i.S.d. Eignung, Herkunftsvorstellungen auszulösen. Mithin muß das Markterzeugnis Merkmale mit ursprünglicher Unterscheidungsfähigkeit aufweisen.

Hat sich diese Eignung durch eine gewisse Bekanntheit im Verkehr in konkreten Herkunftsvorstellungen auf Seiten der Kunden realisiert, läßt sich diese wettbewerbliche Situation, diese Absatzbeziehung zwischen Gewerbetreibenden und Kunden mit dem Begriff des Besitzstandes zusammenfassen. Diese Absatzbeziehung ist umso fester und wertvoller für den Gewerbetreibenden, je mehr zu den Herkunftsvorstellungen kaufmotivierende Gütevorstellungen und das Vertrauen der Kunden auf den guten Ruf des Herstellers treten. Zur notwendigen Herkunftsfunktion tritt dann eine Garantie- und Werbefunktion.

Die auf den Herkunftsvorstellungen gegründete Wettbewerbslage wird gegen Verwechslungsgefahr geschützt.

Ausreichend ist jedoch auch, daß noch keine konkreten Herkunftsvorstellungen bestehen, jedoch das Markterzeugnis im Verkehr bekannt ist. Mit der Übernahme der Leistung samt den Merkmalen mit wettbewerblicher Eigenart besteht die Gefahr einer Zuordnung der imi-

tatorischen Leistung zur Betriebsstätte des Initiators; die latenten Herkunftsvorstellungen realisieren sich in einer konkreten Fehlzuordnung. Es besteht Verwechslungsgefahr, die durch das Verbot der Leistungsübernahme verhindert werden soll.

Der Schutz dieser Herkunftsvorstellungen, die eine bestimmte Wettbewerbslage konkretisieren, wird nicht um des vermögensrechtlichen Wertes für den jeweiligen Gewerbetreibenden oder zur Verhinderung einer Ent-Täuschung der jeweiligen Kunden, sondern unter Einbeziehung beider Faktoren in einen funktionellen Gesamtzusammenhang geschützt: Entscheidend ist die Funktionalität des Wettbewerbsmechanismus, die durch die Fehlzuordnung von Herkunftsvorstellungen, insbesondere durch die Fehlzuordnung kaufmotivierender Kundenvorstellungen mit umsatzverschiebender Wirkung, beeinträchtigt würde.

Bei den Kennzeichnungsrechten ist zu differenzieren zwischen der Gruppe einer Entwicklungsbegünstigung und einer Verkehrsgeltung.

Den Fällen einer Entwicklungsbegünstigung nach § 16 I UWG und § 1 WZG ist gemeinsam das Vorliegen von Merkmalen mit ursprünglicher Unterscheidungsfähigkeit. Die Kennzeichnungsträger sind jedoch beschränkt auf einerseits sprachliche (§ 16 I UWG) und andererseits zweidimensional darstellbare, visuelle (§ 1 WZG) Mittel.

Dem steht der Schutz einer durch konkrete Herkunftsvorstellungen geprägten Wettbewerbslage nach § 16 III UWG und § 25 WZG gegenüber.

Hier ist mangelnde ursprüngliche Unterscheidungsfähigkeit ersetzt durch die (erworbene) Verkehrsgeltung dieser Merkmale als Herkunftshinweis. Die Kennzeichnungsmittel sind nicht beschränkt, so daß visuelle Kennzeichnungsträger und sprachliche und andere akustische in Betracht kommen.

Notwendige Voraussetzung aller Kennzeichnungsrechte ist die Herkunftsfunktion der kennzeichnenden Merkmale, zu der die Garantie- und Werbefunktion treten können. Die durch diese Funktionen geprägte Wettbewerbslage wird gegen Verwechslungsgefahr geschützt. Schutzgrund ist die Notwendigkeit, ein rechtliches Ordnungsgefüge zum Aufbau einer Absatzorganisation bereitzustellen, um damit den Kundenkontakt als Voraussetzung einer planvollen Absatzpolitik zu erleichtern, wenn nicht sogar ihn erst zu ermöglichen.

Die Gegenüberstellung der Fallgruppe der Herkunftstäuschung und der Kennzeichnungsrechte zeigt damit eine Übereinstimmung im Schutzgrund und in den Schutzvoraussetzungen: In beiden Bereichen ist Schutzvoraussetzung eine durch Herkunftsvorstellungen geprägte W e t t b e w e r b s l a g e , die für den Mitbewerber als Kunden - good will einen wirtschaftlichen Wert erlangen kann. Die übereinstimmende V e r l e t z u n g s h a n d l u n g

besteht in der verwechslungsfähigen Imitation der kennzeichnenden Merkmale und damit der Gefahr einer Fehlzuordnung dieser - kaufmotivierenden - Kundenvorstellungen.
Schutzgrund ist nicht der vermögensrechtliche Wert dieses Besitzstandes für den jeweiligen Gewerbetreibenden oder die Ent-Täuschung der betroffenen Kunden, sondern die Funktionalität des Wettbewerbsprozesses.

Die unterschiedlichen Anforderungen an die Verkehrsbekanntheit ändern an dieser übereinstimmenden Grundstruktur nichts, da sie auf anderen Gründen beruhen:

Die notwendige Verkehrsbekanntheit bei der Leistungsübernahme gibt die Untergrenze einer relevanten Verwechslungsgefahr bei den beteiligten Verkehrskreisen durch die Leistungsübernahme an; für den exemplarischen Extremfall bedeutet dies:
Kennt nur e i n Kunde das Markterzeugnis mit seinen kennzeichnenden Merkmalen, dann kann er zwar durch die Leistungsübernahme getäuscht werden; dieser Einzelfall reicht jedoch für ein Einschreiten nicht aus.

Die erforderliche Verkehrsgeltung für den Kennzeichnungsschutz nach § 16 III UWG und § 25 WZG resultiert aus dem Erwerb der Unterscheidungsfähigkeit ursprünglich nicht unterscheidungsfähiger Merkmale, denn, wie die Begründung dieses Schutzes zeigt, war der Schutz auf die (Geschäfts-) Ausstattung im engen Sinne, wie der Aufmachung der Lieferwagen, der Arbeitskleidung etc., bezogen, also auf Ausstattungsmittel ohne ursprüngliche Herkunftsfunktion.

Wegen der höheren Anforderungen ist der Bereich der relevanten Verwechslungsgefahr mit dem Erwerb der Unterscheidungsfähigkeit bereits gegeben.

Soweit über die "normale" Verkehrsgeltung hinausgehende Anforderungen aufgestellt werden, haben sie ihren Grund im Freihaltebedürfnis des Geschäftsverkehrs, das wiederum durch das Erreichen dieser erhöhten Verkehrsgeltung widerlegt wird.

Begründen Eigenschaften der Ware die Herkunftsvorstellungen, so scheidet eine Konkurrenz mit den Kennzeichnungsmitteln des § 16 I UWG aus, da diese Regelung nur sprachliche Kennzeichnungsmittel erfaßt (vgl. 4.2.2.). § 1 WZG wiederum ist beschränkt auf zeichenfähige Gestaltungen; insbesondere ist der Schutz an das formelle Erfordernis der Eintragung gebunden.

Bei den Fällen, in denen die Eigenschaften der Ware die Herkunftsvorstellungen begründen, ist deshalb der Unternehmens- und Warenkennzeichnungsschutz nach § 16 III UWG und § 25 WZG zu überprüfen.

In den bisherigen Fällen spielt allerdings der Schutz nach § 16 III UWG keine Rolle. Der naheliegende Grund ist, daß mit den Eigenschaften einer Ware wohl eher die Herkunft einer Ware aus einem bestimmten Betrieb gekennzeichnet wird, als daß damit ein direkter Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verbunden ist. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß eine bestimmte Form, eine bestimmte

Linie sich auch zur Unternehmenskennzeichnung entwickeln kann, so daß die Parallele des unternehmensbezogenen Kennzeichnungsschutzes mit der Regelung in § 16 III UWG gedanklich beizubehalten ist, auch wenn sich die weiteren Ausführungen auf das Verhältnis zu § 25 WZG beschränken, weil darauf in der Rechtsprechung und Literatur das Schwergewicht liegt.

## 5. Teil V: Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz

### 5.1. Vorbemerkung

Das Zwischenergebnis eines übereinstimmenden Schutzgrundes und übereinstimmender Schutzvoraussetzungen, läßt nunmehr zu, die einzelnen Entscheidungen auf eine unzulässige Ersetzung bzw. notwendige Ergänzung der sondergesetzlichen Schutzvoraussetzungen des Kennzeichnungsrechts zu überprüfen.

Wie in Teil I[1)] bereits kurz angeführt, zeigt ein Überblick über die Rechtsprechung zwei Ablehnungsgründe für einen Schutz nach § 25 WZG:

1. - Nicht ausreichend festellbare Verkehrsgeltung.
2. - Die die Herkunftsfunktion begründenden Merkmale bestimmen das Wesen der Ware.

---

1) Vgl. 1.4.3.

## 5.2. Verkehrsgeltung

Dieser Ablehnungsgrund spielt in der Praxis nur eine geringe Rolle und ist in keinem Fall derart zum Tragen gekommen, daß für einen Kennzeichnungsträger eine geringere als die für § 25 WZG erforderliche Verkehrsgeltung festgestellt worden wäre, die jedoch wiederum für einen Schutz nach § 1 UWG ausgereicht hätte.

Während teilweise ein "ergänzender Schutz" aus § 1 UWG abgelehnt wurde, weil die vorderinstanzlichen Ausführungen für die Annahme einer wettbewerbsrechtlichen Herkunftsfunktion nicht ausreichten und deshalb der Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen werden mußte[1] oder es schon an der für § 1 UWG ausreichenden Herkunftsfunktion fehlte[2], hat der Bundesgerichtshof in zwei Fällen der Klagebegründung aus § 1 UWG stattgegeben, so daß insoweit die Annahme eines ergänzenden Schutzes nahegelegt wird. In der ersten dieser beiden Entscheidungen[3] lehnte der Bundesgerichtshof die Voraussetzung der Verkehrsgeltung für einen Ausstattungsschutz ab, weil die Abnehmer der Ware, in diesem Fall Uhrenrohwerke, die Herkunftsstätten nicht unmittelbar aus

---

1) "Zündaufsatz (Ibelo)" - BGH GRUR 66, 97, i.V.m. "Feuerzeug-Ausstattung (Ibelo) - BGH GRUR 60, 232 ff; "Zählkassetten" - BGH GRUR 54, 121 ff.

2) "Deutschlanddecke" - BGH GRUR 58, 351 ff; "Brillenstangen" - RG GRUR 37, 66 ff, 71/2.

3) "Uhrenrohwerk" - BGH GRUR 57, 37 ff.

der besonderen Gestaltung der Uhrwerkteile erkennen konnten, sondern nur mit Hilfe eines Katalogs, in dem die einzelnen Teile abgebildet und aufgelistet waren, eines sogenannten Werksuchers. Der Bundesgerichtshof führte aus, die Verwendung dieser Werksucher sei zwar allgemein üblich in dieser Branche, dies genüge aber noch nicht für die Annahme einer Verkehrsgeltung, da die Herkunftsvorstellung unmittelbar und ohne Zuhilfenahme der Werksucher bestehen müsse. Dieser Einwand gelte nicht bei der nach § 1 UWG erforderlichen Herkunftsfunktion, so daß der Klage aus § 1 UWG wegen vermeidbarer Herkunftstäuschung stattgegeben wurde.

Diese Unterscheidung ist nicht haltbar. Da die Verwechslungsgefahr in beiden Rechtsgebieten die gleiche ist, gilt dies zwingend auch für den Inhalt der Herkunftsvorstellungen. Die Herkunftsvorstellungen der Abnehmer sind inhaltlich gleich und unterscheiden sich nur in den quantitativen Anforderungen für den Schutzbeginn. Dieser Unterschied ist jedoch in der genannten Entscheidung nicht relevant, so daß aus dieser Entscheidung die Annahme eines "ergänzenden Schutzes" nicht gefolgert werden kann.

In der anderen Entscheidung [1] war die Feststellung einer Verkehrsgeltung für das Jahr 1954 nicht möglich, da es insoweit nach Ansicht des Gerichts an

---

1) "Wandsteckdose" - I b ZR 65/64 v.16.3.1966, zit. in der Sachverhaltsdarstellung zu "Wandsteckdose II" - BGH GRUR 72, 189 ff.

der erforderlichen erschöpfenden Ausnutzung aller Beweismöglichkeiten fehlte, doch konnte der Klage aus § 1 UWG wegen vermeidbarer Herkunftstäuschung stattgegeben werden, da dort die Verwechslungsgefahr im Zeitpunkt der Entscheidung maßgebend ist.
§ 1 UWG kam damit nicht zur Anwendung, weil eine Regelungslücke aus materiellen Gründen vorgelegen hätte, sondern aus Gründen der beschränkten Überprüfbarkeit im Revisionszug. Die besondere Beweissituation dieser Entscheidung steht einer Verallgemeinerung für die Frage eines "ergänzenden Schutzes" entgegen.

Zusammenfassung:

Soweit in der bisherigen Rechtsprechung ein Ausstattungsschutz wegen Fehlens der erforderlichen Verkehrsgeltung abgelehnt wurde, ist lediglich in zwei Fällen ein "ergänzender Schutz" über § 1 UWG gewährt worden. Die Besonderheiten dieser beiden Entscheidungen verbieten eine Verallgemeinerung.

Damit ist eine unzulässige Ersetzung der quantitativen Voraussetzungen an die Höhe der Verkehrsgeltung in der bisherigen Rechtsprechung nicht feststellbar.
Eine notwendige Ergänzung hinsichtlich der Schutzvoraussetzung der Verkehrsgeltung ist nicht ersichtlich: Die Verkehrsbekanntheit bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung und die Verkehrsgeltung im Rahmen der kennzeichnungsrechtlichen Beurteilung

beinhalten keine unterschiedlichen Anforderungen; entscheidend ist in beiden Fällen das Erreichen einer schutzwürdigen Wettbewerbslage/Absatzbeziehung, gekennzeichnet durch das Bestehen von Herkunftsvorstellungen bei einem rechtlich relevanten Anteil der beteiligten Verkehrskreise.

## 5.3. Wesen der Ware

Die Ablehnung eines Kennzeichnungsschutzes für die das Wesen der Ware bestimmenden Kennzeichnungsmittel entspricht allgemeiner Ansicht[1].

Das Reichsgericht hatte bereits in frühen Entscheidungen[2] ausstattungsrechtlichen Schutz versagt für technisch-funktionelle Elemente, da anderenfalls die zeitliche Begrenzung der technischen Schutzrechte umgangen würde. Diese Schutzbegrenzung galt sowohl für technisch-notwendige, als auch für solche Gestaltungen, die sich als "praktisch angemessene Verwertung des technischen Elements, d.h. als geeig-

---

1) "Makkaroni" - RGZ 146, 247 ff; "Radschutz" - BGH GRUR 54, 337; "Rosenthalvase" - BGH GRUR 59, 289; "Hummel I" - BGH GRUR 52, 516; "Hummel II" - BGH GRUR 61, 581; "Buntstreifen I" - BGH GRUR 62, 144; "Buntstreifen II" - BGH GRUR 69, 292; "Form-strip" - BGH GRUR 62, 299 ff, 301; "Klemmbausteine" - BGH GRUR 64, 621; "Skai-cubana" - BGH GRUR 67, 315; "Pulverbehälter" - BGH GRUR 68, 591; "Trainingsanzüge" - BGH GRUR 72, 546; "Schablonen" - BGH GRUR 72, 122; v.Gamm, § 25 WZG, Anm. 5 ff m.w.Hinw.

2) RGZ 40, 67; "Sternkärtchen" - RGZ 54, 173 ff; "Wickelsterne" - RGZ 69, 31/3; "Gasmessergehäuse" - RGZ 100, 253; RG GRUR 30, 967.

netes Mittel zur Förderung der praktischen Brauchbarkeit der Ware" darstellten[1].

Der Bundesgerichtshof beschränkte jedoch den Ausschluß technisch-funktioneller Gestaltungen auf die technisch-notwendigen Elemente[2].

Wie den Ausführungen dieser Entscheidungen zu entnehmen ist, liegt der eigentliche Grund für die Schutzversagung nicht in der technischen Notwendigkeit, sondern darin, daß diese Merkmale wesensbestimmend sind, daß sie zum Wesen der Ware gehörten[3].

Damit tritt die Bestimmung des "Wesens der Ware" in den Mittelpunkt[4].

---

1) Vgl. vorstehende FN

2) "Zählkassette" - BGH GRUR 54, 121;
"Radschutz" - BGH GRUR 54, 337;
"Form-strip" - BGH GRUR 62, 299

3) Wilde, FS/Hefermehl, S. 223 ff, 228/9;
Schirmer, S. 25

4) Der in diesem Zusammenhang als Antipod verwendete Begriff der "(äußeren) Zutat" - vgl. etwa "Hummel I" -BGH GRUR 52, 516; "Zählkassetten" - BGH GRUR 54, 121 ist aufzugeben, da er nicht körperliche Zusätzlichkeit, sondern begriffliche Verschiedenheit vom Wesen der Ware beinhaltet und damit nur mißverständlich wirken kann.
Zur Kennzeichnung des Ausnahmetatbestandes genügt es, das Wesen der Ware zu bestimmen und die dazugehörenden Elemente vom Ausstattungsschutz auszunehmen.
Ebenso Reimer-Heydt, 39.K., Anm.3.

Diese Abgrenzung ist einerseits davon abhängig, wer diese Entscheidung trifft und zum anderen davon, welche Kriterien Geltung haben.

Da die Ware der Bedürfnisbefriedigung dient, muß umgekehrt das Wesen der Ware von diesen Bedürfnissen her bestimmt werden. Die vom Verkehr beigelegte Ge- oder Verbrauchseignung bestimmt demgemäß das Wesen der Ware, so daß zum Wesen der Ware alle die Merkmale zu zählen sind, deren Fortfall nach der Verkehrsanschauung die Ware aus der Eigenart der Gattung herausheben würde[1].

Dem widerspricht nicht, wenn teilweise die Beurteilung der technischen Notwendigkeit nach objektiven Gesichtspunkten verlangt wird[2], denn die technische Notwendigkeit steht ihrerseits wieder in Abhängigkeit zu der vom Verkehr beigelegten Ge- oder Verbrauchseignung. Eine objektive Beurteilung dient damit nur der Korrektur für den Fall, daß der Verkehr die technische Notwendigkeit nicht erkennt, sondern diese Gestaltung als Herkunftshinweis für ausstattungsschutzfähig hält und damit auf Grund dieser irrigen Annahme die ganze Ware monopolisiert würde, an der der Ver-

---

1) Schirmer, S. 18/9; Wilde, FS/Hefermehl, S.223 ff, 228; Busse, § 25 WZG, Anm. 13; v.Gamm, § 25 WZG, Anm.6; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm. 19 ff; "Schablonen" - BGH GRUR 72, 122 ff; dagg. Pluta, FS/Ulmer, S. 257 ff; "Trainingsanzüge" - BGH GRUR 72, 546 ff, 547 II 2; Storkebaum-Kraft, § 25, Rdn.26.

2) Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm.20; Schirmer, S.25; Heydt in Anm. zu "Schablonen" - BGH - GRUR 72, 122 ff: "In erster Linie objektiv", "daneben aber auch Verkehrsauffassung zu berücksichtigen"; ders., wohl ebenso in Anm. zu "Trainingsanzug" - BGH GRUR 72, 546 ff.

kehr ein Freihaltebedürfnis hat[1].

Maßgebliches Kriterium dafür, ob eine Gestaltung das Wesen der Ware bestimmt, ist seine "Austauschbarkeit" ohne den vom Verkehr beigelegten Zweck zu beeinträchtigen[2].

Es kommt also nicht darauf an, ob eine mit diesem Element erstrebte technische Wirkung auch mit Hilfe anderer Gestaltungsmöglichkeiten erreicht werden kann[3].

Entscheidend ist vielmehr der Zweck dieses Elements innerhalb der Gesamtgestaltung und ob dieser Zweck für die Wertschätzung der Ware nach der durchschnittlichen Auffassung der Abnehmerkreise von maßgebender Bedeutung ist. Das aber hängt wiederum von den Zwecken ab, denen die Ware ihrer Gattung nach zu dienen bestimmt ist[4].

Die damit vorausgesetzte Gleichwertigkeit einer anderen Gestaltung ist nicht nur abstrakt im Hinblick auf die an der Bedürfnisbefriedigung orientierte Eignung zu messen, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Kosten einer abweichenden Gestaltung; ist

---

1) Vgl. dazu das instruktive Beispiel bei Schirmer, S.20/1: Die durch eine bestimmte, notwendige Substanz bewirkte Färbung eines Reinigungsmittels wird vom Verkehr fälschlicherweise nicht als notwendig erachtet und deshalb für ausstattungsschutzfähig angesehen.

2) Allg.M.; vgl. v.Gamm, § 25 WZG, Anm.6; Wenzel, S.127/9; Busse, § 25 WZG, Anm. 13; Reimer-Heydt, 39.K., Anm. 10; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm. 25.

3) "Schablonen" - BGH GRUR 72, 122 ff, 123; "form-strip" - BGH GRUR 62, 299, 300.

4) "Buntstreifen" - BGH GRUR 62, 144; "Lichtkuppeln" - BGH GRUR 62, 459 ff, 460; "Schablonen" - BGH GRUR 72, 122 ff.

eine andere Gestaltung nicht ohne ins Gewicht fallende Nachteile möglich, so ist es dem Mitbewerber nicht zumutbar, auf sie auszuweichen[1].

Die Gleichwertigkeit ist damit nicht nur funktionell im Hinblick auf die Bedürfnisbefriedigung bestimmt, sondern auch durch die wirtschaftliche Zumutbarkeit.

Gegen diese Konzeption zur Bestimmung des Wesens der Ware wendet sich PLUTA[2].

Danach sei zwischen der Ausstattungsfähigkeit und der Ausstattungsschutzfähigkeit zu trennen.

Mit der Ausstattungsfähigkeit werde die Voraussetzung der "Selbständigkeit" des Kennzeichens gegenüber der gekennzeichneten Leistung überprüft und zwar nach objektiven Gesichtspunkten. Die Bestimmung des "Wesens der Ware" diene nur dazu, die Gestaltungsmerkmale vom Schutz auszunehmen, die wegen der fehlenden "Selbständigkeit" gegenüber der eigentlichen Leistung keine Kennzeichnungsfunktion erfüllen könnten.

Das Problem der Monopolisierung solle mit der Prüfung des "Wesens der Ware" nicht erfaßt werden; dieses Problem solle erst bei der Interessenabwägung zwischen dem Freihaltebedürfnis und dem wettbewerblichen Besitzstand entschieden werden. Mit der entgegenstehenden Ansicht werde der Interessenkonflikt zwischen Allgemein- und Individualinteresse, also zwischen Freihaltebedürfnis und wettbewerblichem Besitzstand,

---

1) Reimer-Heydt, 39.K., Anm.10; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm.25; v.d.Osten, S. 48; Tetzner, § 25 WZG, Anm. 18; Wilde, FS/Hefermehl, S. 223 ff, 230; Busse, § 25 WZG, Anm. 13; Storkebaum-Kraft, § 25, Rdn.26.

2) Pluta, FS/Ulmer, S.257 ff.

aus den Anforderungen an die Verkehrsgeltung in den Begriff des Wesens der Ware verlagert und damit die eigentliche Interessenabwägung verdeckt.

Über das Freihaltebedürfnis und seine Bewertungsfaktoren, wie der Zumutbarkeit abweichender Gestaltung, der Funktionalität des einzelnen Merkmals im Hinblick auf den Verwendungszweck, fließen jedoch all die Umstände ein, die nach der dargelegten Ansicht das Wesen der Ware bestimmen, so daß PLUTA nur scheinbar eine entgegenstehende Ansicht vertritt. Zudem gilt auch hier der schon vorgetragene Einwand, daß die Interessenabwägung nur ein methodisches Hilfsmittel darstellt bei der Entscheidung zwischen der Durchsetzung des Täuschungsverbots durch das Verbot der Leistungsübernahme und der Verhinderung einer Monopolisierung.

Zusammenfassung:

Ein Ausstattungsschutzhindernis besteht dann, wenn eine Gestaltung das Wesen der Ware bestimmt. Für das Wesen der Ware ist die Verkehrsanschauung maßgebend. Die Beurteilung und Abgrenzung erfolgt an Hand des Kriteriums der Austauschbarkeit. Die Gleichwertigkeit der anderen Gestaltung wird sowohl im Hinblick auf ihre gleichwertige Funktion, wie auch nach der wirtschaftlichen Zumutbarkeit beurteilt.

### 5.3.1. Versagung ausstattungsrechtlichen Schutzes

Wesensbestimmende Merkmale sind vom Schutz ausgenommen einerseits, weil sie nicht von der Ware trennbar und damit "selbständig" sind und deshalb keine Kennzeichnungsfunktion erfüllen können, nämlich die Waren von gleichen oder gleichartigen Waren der Konkurrenten zu unterscheiden[1] und zum anderen, weil damit eine Monopolisierung der Ware und nicht der Warenkennzeichnung außerhalb der gesetzlichen Schutzrechte bewirkt würde[2].

Daraus erhellt, daß der Ausschluß nicht auf technisch-notwendige Gestaltungen beschränkt ist, sondern alle wesensbestimmenden Merkmale umfaßt. Damit gilt der Ausschluß auch für nichttechnische (sinnliche wahr-

---

1) v.Gamm, § 25 WZG, Anm. 5; Bezzenberger, S. 110; Reimer-Heydt, 39.K., Anm. 3; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm. 19; Pluta, FS/Ulmer, S. 257 ff, 258; "Hummel I" - BGH GRUR 52, 516 ff, 519; "Buntstreifen I" - BGH GRUR 62, 144 ff, 148; "Skai-cubana" - BGH GRUR 67, 315; dagg.Vierheilig, S. 143 ohne weitere Begründung

2) Bezzenberger, S. 95, 110; Wenzel, S. 126/9; Schirmer, S. 38, 46, 56; Busse, § 25 WZG, Anm. 13; Reimer-Heydt, 39.K., Anm. 3; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG , Anm. 23; RGZ 54, 173; RG GRUR 41, 238; "Zählkassetten" - BGH GRUR 54, 121 ff; "Skai-cubana" - BGH GRUR 67, 315 I; "Trainingsanzug" - BGH GRUR 72, 546 ff, 547 II 2; dagg. Pluta, FS/Ulmer, S. 257 ff; Vierheilig, S. 130, 147; Althammer, § 25 WZG, Anm. 14;
in anderen Entscheidungen fehlt die Begründung dafür, warum wesensbestimmende Merkmale vom Ausstattungsschutz ausgenommen sind; vgl. "Merkmalklötze" - BGH WRP 76, 308 ff, 310 III; "Schablonen" - BGH GRUR 72, 122 ff, 123.

nehmbare: optisch, akustisch, geruchlich) "notwendige", also wesensbestimmende Gestaltungen[1].

Technische und nichttechnische Gestaltungen sind deshalb grundsätzlich gleich zu behandeln[2].

---

1) Busse, § 25 WZG, Anm. 14; Reimer-Heydt, 39.K., Anm. 12; Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm. 28/30; v.Gamm, § 25 WZG, Anm. 10; "Hummel I" - BGH GRUR 52, 516 ff, 518; "Buntstreifen I" - BGH GRUR 62, 144.

2) Schirmer, S. 56; Pluta, FS/Ulmer, S.257 ff, 260/1.

### 5.3.2. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung wesensbestimmender Merkmale

Die Erwägungen, die wesensbestimmende Merkmale von einem ausstattungsrechtlichen Schutz ausnehmen, kommen nach den Ausführungen der Rechtsprechung bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung nicht zum Tragen. Danach kann es "vom wettbewerblichen Standpunkt aus - im Gegensatz zum Ausstattungsschutz nach § 25 WZG - nicht darauf ankommen, ob die Verkehrsgeltung und die dadurch bedingte Verwechslungsgefahr, sich anschließt an konkrete Einzelmerkmale oder einen einheitlichen, einprägsamen künstlerischen Stil" - der über den Ausstattungsschutz nicht monopolisiert werden kann ("Hummel I" - S. 519) - "der für das Publikum den Hinweis auf eine bestimmte Herkunftsstätte bildet[1]).

"Die Bedenken, die gegen ein Ausstattungsschutzrecht an wesensbestimmenden Merkmalen einer Ware sprechen, stehen nicht der Anerkennung eines wettbewerbsrechtlichen Schutzes nach § 1 UWG entgegen"[2]), denn "bei der Frage, ob der angebliche Verletzer die ihm zumutbaren Maßnahmen zur Vermeidung der Verwechslungsgefahr getroffen hat, (ist) im Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Tatbestandes - anders als bei der Anerkennung eines Ausstattungsschutzes, dem ein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber im Grundsatz nicht entgegengehalten werden kann - auch zu berücksichtigen..., ob der Nachahmer bei der Verweisung auf abweichende

---

1) "Hummel I" - BGH GRUR 52, 516 ff, 520

2) "Buntstreifen I" - BGH GRUR 62, 144 ff, 149.

Lösungen des Gestaltungsproblems dem Zeitgeschmack nicht gerecht werden könnte und damit in wirtschaftlich untragbarer Weise benachteiligt wäre"[1].

In zahlreichen weiteren Entscheidungen[2] werden diese Grundsätze inzidenter bestätigt, indem die Rechtsprechung nach der Ablehnung eines ausstattungsrechtlichen Schutzes für wesensbestimmende Merkmale einen Schutz auf Grund der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel überprüft.

---

1) "Buntstreifen I" - BGH GRUR 62, 144 ff, 149; dagg. Althammer, § 25 WZG, Anm. 14.

2) "Brillenstangen" -RG GRUR 37, 66 ff; "Radschutz" - BGH GRUR 54, 337 ff; "Rosenthalvase" - BGH GRUR 59, 289 ff"; "Klemmbausteine" - BGH GRUR 64, 621 ff; "Zündaufsatz" - BGH GRUR 66, 97 ff; "Skai-cubana" - BGH GRUR 67, 315 ff; "Trainingsanzug" - BGH GRUR 72, 546 ff; "Merkmalklötze" - BGH WRP 78, 308 ff; "Modeschmuckanhänger" - BGH GRUR 79, 119 ff.

5.3.3. Eigene Stellungnahme

Wie ausgeführt, liegt e i n Grund für die Versagung ausstattungsrechtlichen Schutzes für wesensbestimmende Merkmale darin, daß sie keine Kennzeichnungsfunktion erfüllen können[1].

Als wesentliche Kennzeichnungsfunktion wurde die Herkunftsfunktion beschrieben, aus der die anderen Funktionen abgeleitet werden. Die Herkunftsfunktion beinhaltet die Kennzeichnung einer Ware aus einer bestimmten Betriebsstätte zum Zweck der Unterscheidung[2].

Die Ansicht, die eine Kennzeichnungsfunktion wesensbestimmende Merkmale bestreitet, entnimmt der Formulierung des § 1 WZG - das Warenzeichen und damit auch die Ausstattung diene der Unterscheidung der Waren des Inhabers der Kennzeichnung von den Waren anderer -, daß wesensbestimmende Merkmale diese gesetzliche Aufgabe nicht erfüllen könnten, da mit dem Wegfall der Ausstattung auch die handelbare Ware entfalle[3].

Die Ware als Objekt der Kennzeichnung könne nicht ihr eigenes Kennzeichnungsmittel sein[4].

---

1) Vgl. 5.3.1.

2) Vgl. 4.2.3.

3) "Hummel I" - BGH GRUR 52, 516 ff, 518; "Buntstreifen I" - BGH GRUR 62, 144 ff; 148 II 2; "Skai-cubana" - BGH GRUR 67, 315 I.

4) Baumbach-Hefermehl, § 25 WZG, Anm.19.

Die gesetzliche Aufgabe der Kennzeichnungsrechte besteht nun, wie dargelegt, in einer marktordnenden Funktion, nämlich eine Mehrheit gleichartiger Waren dadurch zu unterscheiden, daß sie durch die Möglichkeit der Zuordnung zu einer bestimmten Betriebsstätte gekennzeichnet werden.

Kennzeichnungsfähigkeit und Unterscheidungsfähigkeit sind korrespondierende Begriffe:
Die Aufgabe der Unterscheidung erfolgt durch Kennzeichnung; zunehmende Kennzeichnungskraft bedingt zunehmende Unterscheidungsfähigkeit.

Die Kennzeichnungsfähigkeit wesensbestimmender Merkmale steht aber außer Frage:
Wenn im Beispielsfall der Rosenthal-Vase[1)] die Vase nicht nur - wie das erkennende Gericht in diesem Fall annimmt - um der Formgebung willen, sondern auch (wie üblich) wegen des Gebrauchswerts erworben wird, dann besteht kein Zweifel, daß diese Formgebung geeignet sein kann, eine bestimmte Betriebsstätte zu kennzeichnen und diese Vase von anders geformten Vasen zu unterscheiden. Diese Fähigkeit zur Kennzeichnung der Betriebsstätte entfällt nicht, wenn die Formgebung nach der Verkehrsanschauung einen solchen Stellenwert einnimmt, daß sie nur um der Form willen gekauft wird, als das Wesen der Vase bestimmt; im Gegenteil, die Kennzeichnungskraft nimmt zu.
Mit der zunehmenden Kennzeichnungskraft ist eine zunehmende Unterscheidungsfähigkeit verbunden.

---

1) "Rosenthalvase" - BGH GRUR 59, 289 ff.

Dementsprechend haben die erkennenden Gerichte bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung eine Herkunftsfunktion nicht in Abrede gestellt.
Teilweise kommt dies zwar nicht zum Ausdruck, da die konkrete Darlegung einer solchen Herkunftsfunktion unterblieb, weil weitere Schutzvoraussetzungen offensichtlich nicht vorlagen[1]; in anderen Entscheidungen wurde jedoch bestätigt, daß auch solche wesensbestimmenden Merkmale eine "betriebliche Kennzeichnungskraft"[2] aufweisen können.

Angesichts der inhaltlichen Übereinstimmung der Herkunftsfunktion bei der wettbewerblichen und kennzeichnungsrechtlichen Beurteilung kann an der Kennzeichnungsfähigkeit wesensbestimmender Merkmale kein Zweifel bestehen.

Die Problematik besteht vielmehr darin, daß durch die verwechselbare Nachahmung der Ware notwendigerweise der Kennzeichnungsschutz verletzt würde und in Wechselwirkung dazu im Falle eines kennzeichnungsrechtlichen Schutzes die - gemeinfreie - Ware monopolisiert würde.

Nur diese Begründung, die Gefahr der Monopolisierung der Ware und nicht der Warenkennzeichnung, hat Bestand.

Im Ergebnis besteht Übereinstimmung, daß ein Ausstattungsschutz versagt werden muß, wenn die Schutzgewährung eine Monopolisierung der Ware bedingen würde[3].

---

1) "Radschutz" - BGH GRUR 54, 337 ff, 339/40; "Rosenthalvase" - BGH GRUR 59, 289 ff; "Form-strip" - BGH GRUR 62, 299 ff.

2) "Merkmalklötze" - BGH WRP 76, 308 ff, 311; "Hummel II, III" - BGH GRUR 61, 581 ff; 70, 250 ff, 252; "Skai-cubana" - BGH GRUR 67, 315 ff, 318.

3) vgl. 5.3.1.

Die Berücksichtigung des Freihaltebedürfnisses und damit einer Monopolisierung der Ware über den Ausstattungsschutz erfolgt durch die Rechtsprechung dergestalt, daß "an die Breite der Durchsetzung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise umso größere Anforderungen zu stellen sind, je notwendiger der Verkehr der betreffenden Angabe als Hinweis auf Eigenschaften der in Frage stehenden Eigenart bedarf"[1].

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs hat somit das im Einzelfall unterschiedliche Freihaltebedürfnis eine entsprechende Anhebung der notwendigen Verkehrsgeltung zur Folge; eine entsprechende Anwendung des § 4 II Ziff.1, III WZG erscheint nach dieser Rechtsprechung jedoch nicht angezeigt[2].

Das heißt, auch bei einhelliger Durchsetzung würde nicht in jedem Fall ein Ausstattungsschutz gewährt.

Die unterschiedliche Beurteilung im Rahmen von § 4 II Ziff.1, III WZG und § 25 WZG erscheint zunächst nicht einsichtig: Nach beiden Vorschriften können Merkmale mit fehlender ursprünglicher Unterscheidungsfähigkeit bei entsprechend breiter Durchsetzung im Verkehr Schutz erlangen.
Schutzgrund ist bei beiden Regelungen die aktuelle wettbewerbliche Situation, die durch das Bestehen von Herkunftsvorstellungen gekennzeichnet ist.

---

1) "Nährbier" - BGH GRUR 60, 83 ff, 87.
2) "Nährbier" - BGH GRUR 60, 83 ff, 87.

Der Grund für die Ablehnung einer analogen Anwendung des § 4 II Ziff.1, III WZG auf den Ausstattungsschutz ist jedoch in dem weiteren Anwendungsbereich des § 25 WZG hinsichtlich der Kennzeichnungsmittel zu sehen. § 25 WZG ist nicht auf Zeichen beschränkt, sondern umfaßt alles, was zur Kennzeichnung einer Ware geeignet ist.
Eine analoge Anwendung des § 4 II Ziff.1, III WZG ist deshalb für den Fall ausgeschlossen, daß damit nicht die Warenkennzeichnung, sondern die Ware selbst monopolisiert würde. Begründen Eigenschaften der Ware selbst die Herkunftsvorstellungen, kann die Unterbindung der Verwechslungsgefahr durch das Verbot der Nachahmung mittels der Zuerkennung eines Ausstattungsschutzes nie soweit gehen, daß dadurch die Ware monopolisiert würde.

Die Verhinderung der Verwechslungsgefahr wird durch die Monopolisierung der Ware begrenzt.
Soweit die Kennzeichnung (begrifflich) trennbar ist, kommt deren Monopolisierung kein solches Gewicht zu. Deshalb ist selbst an sog. glatten Beschaffenheits- und Bestimmungsangaben, an deren Freihaltung ein besonderes Bedürfnis besteht, bei nahezu einhelliger Durchsetzung ein Ausstattungsschutz möglich[1].

Überträgt man die Beurteilung im Rahmen des § 4 II Ziff.1, III WZG auf die Prüfung eines Ausstattungsschutzes dergestalt, daß die erforderliche Verkehrsgeltung entsprechend dem jeweiligen Freihaltebedürfnis erhöht werden muß, ergibt sich die Notwendigkeit einer "teleologischen Reduktion" (Vierheilig)

---

1) "Nährbier" - BGH GRUR 60, 83 ff, 87.

für den Fall, daß die kennzeichnenden Merkmale das Wesen der Ware bestimmen und damit die Ware monopolisiert würde.

Die Rechtsprechung und herrschende Meinung vollzieht diese Korrektur, indem sie (sämtliche) wesensbestimmenden Merkmale a priori als Schutzgegenstand einer Ausstattung ausnimmt. Sie setzt sich damit in Widerspruch zu den Ausführungen in der Nährbier-Entscheidung, wo der Bundesgerichtshof deutlich trennt zwischen dem G e g e n s t a n d der Ausstattung und den A n f o r d e r u n g e n a n d i e V e r k e h r s d u r c h s e t z u n g. Dort führt er aus, den Gegenstand der Ausstattung durch eine an den Grenzen des freien Wettbewerbs orientierte allgemeine Generalklausel einzuschränken, besteht kein Anlaß und es könne deshalb, wenn ausreichende Verkehrsanerkennung gegeben sei, ein Ausstattungsschutz nicht mit der Begründung versagt werden, ein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber stehe entgegen.

Genau diese Herausnahme bestimmter Gegenstände eines möglichen Ausstattungsschutzes vollzieht die dargestellte Ansicht in Rechtsprechung und Literatur mit der Ablehnung eines Ausstattungsschutzes a priori für wesensbestimmende Merkmale.

Wie die Buntstreifen-Entscheidung[1)] zeigt, schließt der Umstand, daß sich die Herkunftsvorstellungen an wesensbestimmende Merkmale anschließen, nicht aus, daß gleichwohl abweichende Gestaltungsmöglichkeiten bestehen können, die die Annahme eines Freihaltebe-

---

1) "Buntstreifen I, II" - BGH GRUR 62, 144; 69, 292.

dürfnisses und die Gefahr einer Monopoliisierung widerlegen:
Wie das Berufungsgericht hierzu ausführte, sei die Möglichkeit, ohne unbillige Erschwerung und wirtschaftliche Nachteile auf andere Streifenmuster auszuweichen, die dem Klagemuster geschmacklich entfernt stünden, durch die im Rechtsstreit überreichten Kollektionen der Beklagten und durch die vorgelegten Stoffproben anderer Firmen bewiesen[1].

Diese Entscheidung macht zugleich den Unterschied zwischen der kennzeichnungsrechtlichen Beurteilung an Hand des Kriteriums "Wesen der Ware" und der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung an Hand des Kriteriums "Zumutbarkeit alternativer Gestaltung" deutlich:
Der Unterschied besteht darin, daß bei § 25 WZG mit der Schutzversagung für wesensbestimmende Merkmale eine schematische Prüfung vorgenommen wird, ob wegen des absoluten Schutzumfanges die Gefahr einer Monopolisierung des gesamten Marktprodukts bewirkt würde.

Bei § 1 UWG wird dagegen mit dem Merkmal der "Zumutbarkeit alternativer Gestaltung" geprüft, ob im konkreten Fall durch die Schutzgewährung eine Monopolisierung des Marktprodukts eintritt.

Frage ist deshalb, ob diese "teleologische Reduktion" des § 25 WZG mit der Schutzversagung für wesensbestimmende Merkmale und der Korrektur dieser generellen Regelung durch die individuelle wettbewerbsrechtliche Beurteilung erfolgen oder ob nicht bereits innerhalb der ausstattungsrechtlichen Erörterungen im

---

1) "Buntstreifen II" - BGH GRUR 69, 292 ff, 293.

Einzelfall das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber und die Monopolisierungsgefahr berücksichtigt werden soll.
Angesichts der dargelegten Übereinstimmungen zwischen der Fallgruppe der Herkunftstäuschung im Rahmen des § 1 UWG und des Ausstattungsschutzes hinsichtlich des Schutzzwecks und der Schutzvoraussetzungen ist nicht ersichtlich, warum im Rahmen der ausstattungsrechtlichen Beurteilung eine solche generelle Regelung mit dem Merkmal Wesen der Ware getroffen wird, die mit einer individuellen Beurteilung nach § 1 UWG überprüft und gegebenenfalls korrigiert werden muß. Es ist deshalb im Einzelfall zu überprüfen, ob technische oder ästhetische Ausweichmöglichkeiten innerhalb der Schranken wirtschaftlicher Vertretbarkeit bestehen, die der Gefahr einer Monopolisierung der Ware entgegenstehen.

Im Ergebnis deckt sich diese Konzeption mit den Ausführungen von VIERHEILIG, der im "Freihaltebedürfnis der Mitbewerber das allein sachgerechte Abgrenzungskriterium"[1] für eine "teleologische Reduktion" des § 25 WZG erblickt[2]. Für die Abgrenzung schutzfähiger Gestaltungen von solchen, die einem Ausstattungsschutz nicht zugänglich sind, erübrigt sich das Merkmal Wesen der Ware.

Die Ausführungen zu dem Merkmal Wesen der Ware behalten aber weiterhin Bedeutung für die Bestimmung der "Ware" und damit des sachlichen Bereichs, für den eine Monopolisierungsgefahr zu überprüfen ist.

---

1) Vierheilig, S. 118 ff, 130 ff, 134, 146.
2) Vierheilig, S. 134, 140.

Das bereits benannte Beispiel der Rosenthal-Vase verdeutlicht dieses Anliegen:
Wie der Bundesgerichtshof ausführt, dienten diese Vasen zwar einem Gebrauchszweck; sie würden aber im geschäftlichen Verkehr nicht wegen ihres Gebrauchswerts, sondern allein um ihrer Formgestaltung willen erworben. Damit wurde festgestellt, daß eine an sich ausstattungsfähige Formgebung in diesem Fall durch die Verkehrsanschauung zum Wesen der Ware wurde und deshalb für diese Formgebung die Möglichkeit abweichender Gestaltung zur Beurteilung der Monopolisierungsgefahr überprüft werden mußte.

In der Schablonen-Entscheidung[1] wurde die Orange-Färbung als ein zum Wesen der Ware gehörendes Gestaltungsmittel herausgearbeitet, weil nach einer Verkehrsbefragung diese Einfärbung als besonders zweckmäßig angesehen wurde und nach einer gutachterlichen Äußerung die Farbe "orange" als warmer Farbton zu den aus psychologischen Gründen als angenehm empfundenen Lieblingsfarben gehört. Damit wurde herausgearbeitet, daß es sich bei der Orange-Färbung nicht um eine bloße Verzierung und nicht nur um ein auf die Herstellerin hinweisendes Kennzeichnungsmittel handelte, sondern um ein wesentliches Detail innerhalb der Funktion der Schablonen. Die Notwendigkeit der Überprüfung des Wesens der Ware zeigen auch folgende drei, sachlich eng zusammenhängenden, Entscheidungen zum Ausstattungsschutz

---

1) "Schablonen" - BGH GRUR 72, 122 ff, 123.

von Außenriemen von Sportschuhen und Kontraststreifen auf Trainingsanzügen[1].

Während die drei Riemen auf den adidas-Sportschuhen für ausstattungsschutzfähig angesehen wurden, obwohl sie die Festigkeit des Schuhsitzes erhöhen mögen und damit den Gebrauchszweck der Schuhe unterstützen und fördern, war nach Ansicht des Gerichts gerade die konkrete Ausgestaltung von "drei in einigem Abstand parallel zueinander verlaufenden Riemen keineswegs allein durch den technischen Zweck der Ware bedingt, sondern willkürlich gewählt".
Demgegenüber war nach Ansicht des Gerichts der Flügelstreifen auf den Puma-Schuhen in der gewählten Form ein zwingendes Mittel zur Förderung der praktischen Brauchbarkeit der Ware, wofür die darauf hinzielenden Schutzansprüche des bestehenden Gebrauchsmusters als Beweisanzeichen gelten könnten[2].

Während der Bundesgerichtshof in der Fußballstiefel-Entscheidung die drei in einigem Abstand zueinander verlaufenden und mit dem Schuhwerk kontrastierenden Riemen für ausstattungsschutzfähig hielt, da willkürlich gewählt, lehnte er einen Ausstattungsschutz für eine ebensolche Kennzeichnung auf Trainingsanzügen ab, da das 3-Streifen-Muster eine die Ware als solche charakterisierende Eigenschaft darstelle und demgemäß als zum Wesen der Ware gehörig anzusehen sei[3].

---

1) "Fußballstiefel" - BGH GRUR 59, 423 ff; "form-strip" - BGH GRUR 62, 299 ff; "Trainingsanzug" - BGH GRUR 72, 546 ff.

2) Vgl. "Fußballstiefel" - BGH GRUR 59, 423 ff, 424; "form-strip" - BGH GRUR 62, 299 ff, 301

3) "Trainingsanzug" - BGH GRUR 72, 546 ff, 547.

Dieses Ergebnis, das auch entsprechend umstritten ist[1], ist sicherlich durch die Entscheidung zur Rosenthal-Vase beeinflußt. Obwohl das Gericht den praktischen Gebrauchszweck, dem Trainingsanzüge dienen, an den Anfang seiner Ausführungen stellte, meinte es, daß derartige Streifenmuster grundsätzlich als zum Wesen der Ware gehörend anzusehen seien, da für die Wertschätzung der Ware, die wesentlich von modischen Gesichtspunkten abhängt, deren modische Ausgestaltung von maßgeblicher Bedeutung sei und deshalb dem Erzeugnis ein für sein Wesen entscheidendes Gepräge verleihe. Damit wird wohl doch der praktische Gebrauchszweck der Trainingsanzüge (im sportlichen Bereich: Schweißabsorption, Wärmehaltung; im allgemeinen Freizeitbereich: Bequemlichkeit des Kleidungsstücks) zu sehr vernachlässigt und das äußere Erscheinungsbild des 3-Streifen-Musters überbetont. Im Gegensatz zu den vorangegangenen Entscheidungen, in denen ästhetische Gestaltungen als wesensbestimmend erachtet wurden, wie die Ausgestaltung der Hummel-Figuren, die besondere Formgebung der Rosenthal-Vase oder farblich gemusterter Bettwäsche, werden die 3-Streifen-Muster nicht um dieser ästhetischen Gestaltung willen gekauft, sondern weil damit eine Herkunftsvorstellung mit einem bestimmten Hersteller verbunden ist, dem aus den verschiedensten Gründen, seien es Qualitätserwartungen oder ein besonderes Prestige, eine besondere Wertschätzung entgegengebracht wird.

---

1) Vgl. die Anm. von Heydt, GRUR 72, 548/9.

Unabhängig vom Ergebnis dieser sachlichen Entscheidung ist mit der Prüfung des "Wesens der Ware" festgehalten, für welche Gestaltungsmerkmale einer Gesamtleistung die Möglichkeit abweichender Gestaltung geprüft werden muß, um einer Monopolisierung der Ware zu begegnen. Unter der Fragestellung des Wesens der Ware konnte so für die Nachahmung eines Saxophons die zu erstrebende Tonqualität (Klangfarbe) als das Wesentliche herausgearbeitet werden, demzufolge ein Schutz für die äußere Gestaltung des Tonkörpers und der durch den Gebrauchszweck bestimmten Bedienungselemente abgelehnt werden mußte[1].

In der Skai-cubana-Entscheidung war es die Narbung, die dem Kunststoff das für sein Wesen als künstliches "Leder" charakteristische Gepräge verlieh. Durch die natürliche Narbung echten Leders war die Narbung künstlichen "Leders" vorgegeben und deshalb wesentlich[2].

Zusammenfassung:

Mit der Herausarbeitung des Wesens der Ware wird der sachliche Bereich eingegrenzt, für den die Monopolisierungsgefahr geprüft werden muß. Diese Überprüfung erfolgt dann an Hand der im Einzelfall gegebenen Möglichkeiten abweichender Gestaltung.

---

1) "Saxophon" - BGH GRUR 66, 617 ff, 619.
2) "Skai-cubana" - BGH GRUR 67, 315 ff, 317.

## 5.4. Sonderbeurteilung der Werbemittel

Der wettbewerbsrechtliche Schutz der Werbemittel findet in der Literatur verbreitet eine Sonderbeurteilung. Während bisher der wettbewerbsrechtliche Schutz der Eigenschaften der Ware selbst untersucht wurde, geht es nunmehr um die dazugehörenden Werbemittel, wie die Aufmachung der Ware und ihrer Verpackung in Form und Farbe, durch benennende und beschreibende Angaben und um die Anpreisung der Produkte in Prospekten, durch Schlagworte und Werbeslogans.

Einigkeit besteht darüber, daß die konkrete Werbegestaltung[1], die einzelne Werbemaßnahme, wie sie gegenüber dem Kunden in Erscheinung tritt, hinsichtlich eines wettbewerbsrechtlichen Schutzes nach den gleichen Grundsätzen wie die Ware selbst zu beurteilen ist.

Der Schutz ist danach möglich, wenn das konkrete Werbemittel wettbewerbliche Eigenart aufweist und im Verkehr so bekannt ist, daß durch die Leistungsübernahme die Gefahr einer Herkunftsverwechslung besteht[2].
Insoweit besteht kein Grund für eine Sonderbeurteilung.

---

1) Im Gegensatz zur Werbeidee; allg. Meinung; vgl. v.Gamm, WRP 70, 125 ff, 126 II; Vogt, MA 66, 559 ff.

2) Ulmer-Reimer, Anm. 247; Burmann, DB 64, 575 ff; v.Gamm, WRP 70, 125 ff, 129 V 5; Traub, GRUR 73, 186 ff; 188; Vogt, MA 66, 559 ff, 560.

Die Sonderbeurteilung der Werbemittel ergibt sich jedoch aus ihrer zunehmenden Bedeutung im Geschäftsverkehr[1] mit einem korrespondierenden Mehraufwand und aus ihren spezifischen inhaltlichen Anforderungen: Aufgabe der Werbung ist die Aufnahme und der Ausbau des Kundenkontakts und die Herausstellung der eigenen Leistung.

Diese Funktion verlangt das "Zündende" und nicht das literarisch Schöpferische oder die Fähigkeit zur Kennzeichnung des Werbenden[2].

Entscheidend ist die Eignung, "schlagartig" bekannt zu werden und in das Bewußtsein der Adressaten einzudringen. Diese Marktgeltung ist jedoch gerade nicht ausreichend für ein Verbot der Leistungsübernahme wegen Verwechslungsgefahr, solange nicht die "Eigenartigkeit" des Werbemittels festgestellt werden kann[3].

Als weiterer Grund für die Sonderbeurteilung kommt hinzu, daß die Entwicklung einer solchen werbewirksamen Aktion eine Gesamtwerbekonzeption erfordert, die angesichts der Notwendigkeit vorausgehender Marketing-Studie, der Entwicklung einer Werbeidee und der Erstellung einer Präsentation zunehmend nicht mehr vom Produzenten selbst, sondern von selbständigen Werbeagenturen erarbeitet wird. Die Werbekonzeption wird zur Ware. Das Franchise-System mit einer Lizenzerteilung auf eine solche Gesamtwerbe-

---

1) Ott, FS/Raiser, S. 405 m.w.Hinw.;
Vogt, MA 66, 559 ff, 564.

2) Traub, GRUR 73, 186 ff, 189.

3) Vgl. 2.1.; ebenso Vogt, MA 66, 559 ff, 560.

konzeption begründet die Forderung nach einem vorgezogenen Schutz für die Gesamtwerbekonzeption, für die nicht unerhebliche Mittel aufgewendet wurden und die den Inhalt der Arbeit eines ganzen Wirtschaftszweiges darstellt[1].

Nach den herkömmlichen Voraussetzungen für einen wettbewerbsrechtlichen Schutz fehlt es jedoch am Erfordernis der Bekanntheit. Dieses Erfordernis steht in Beziehung zur Verwechslungsgefahr: Ist die initiatorische Leistung mit wettbewerblicher Eigenart bekannt, dann besteht durch die Übernahme der kennzeichnenden Elemente die Gefahr einer Herkunftsverwechslung durch die Kunden[2].

In den bisherigen Fällen war jedoch die initiatorische Leistung auf dem Markt bekannt, so daß die Verwechslungsgefahr durch den Imitator begründet und ihm deshalb die Übernahme untersagt werden konnte.

Im Falle eines vorgezogenen Schutzes für Werbekonzeptionen ist diese auf dem Markt jedoch gerade noch nicht bekannt, da sie noch nicht in konkrete Werbemittel umgesetzt ist. Wird deshalb eine Werbekonzeption übernommen und vom Imitator zuerst in konkrete Werbemittel auf dem Markt umgesetzt, so wird die Verwechslungsgefahr durch den Initiator begründet, wenn er nunmehr seine Werbekonzeption auf dem Markt umsetzt. Die Vorverlegung eines Schutzes für Werbemaßnahmen auf den Bereich der Werbekonzeption - als geistige

---

1) Ebenso v.Gamm, WRP 70, 125 ff, 130; Traub, GRUR 73, 186 ff, 191/2; zu den Versuchen eines gesetzlichen Ideenschutzes, vgl. Vogt, MA 66, 559 ff, 564.

2) Vgl. 2.2.

Festlegung und unmittelbare Vorstufe des konkreten Werbemittels - und die Begründung des Verbots der Leistungsübernahme mit der dadurch eintretenden Verwechslungsgefahr kann danach nicht ohne güterzuordnende Erwägungen zu Gunsten des Initiators erfolgen, da die Verwechslungsgefahr erst mit dem Erscheinen auf dem Markt und damit möglicherweise auch durch den Initiator begründet wird; denn entscheidend ist nicht die Imitation, sondern die Begründung der Verwechslungsgefahr.

Die Berücksichtigung güterzuordnender Elemente durch die Forderung nach einem "ergänzenden Leistungsschutz" findet sich bei TRAUB[1].

Eine Auseinandersetzung soll an dieser Stelle unterbleiben, da nur das Verhältnis des wettbewerbsrechtlichen Schutzes zum Kennzeichnungsschutz in Frage steht.

---

1) Traub, GRUR 73, 186 ff.

Zusammenfassung:

Unter dem Blickwinkel des Verhältnisses des wettbewerbsrechtlichen Schutzes zum Kennzeichnungsschutz ist eine getrennte Beurteilung der Werbemaßnahmen entbehrlich.

Konkrete Werbemittel werden nach den gleichen Grundsätzen beurteilt, wie die anderen Fälle einer Herkunftstäuschung. Der grundsätzlich anerkennenswerte Versuch einer Vorverlegung des Schutzes auf die Gesamtwerbekonzeption ist jedoch nicht mit dem Umstand einer Herkunftstäuschung, sondern nur mit - hier auszuklammernden - leistungsschutzrechtlichen Gesichtspunkten eventuell begründbar.

## 5.5. Sonderbeurteilung der Kennzeichen

Durch das Bestehen eines gesetzlichen Kennzeichnungsschutzes wird ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz für Kennzeichen in Frage gestellt, so daß eine getrennte Beurteilung geboten ist.

1. - Einigkeit besteht insoweit, daß ein ergänzender Schutz wegen der Gefahr der Herkunftstäuschung möglich ist, soweit kein inländischer Schutz nach dem Warenzeichengesetz besteht[1]; es gelten dann die gleichen Voraussetzungen, wie in den anderen Fällen eines Verbots der Leistungsübernahme wegen der Gefahr einer Herkunftstäuschung[2].

Besteht bereits ein Schutz nach dem Warenzeichengesetz, erübrigt sich ein ergänzender Schutz nach § 1 UWG, da die Schutzvoraussetzungen der wettbewerbsrechtlichen Parallele bereits durch den Kennzeichnungsschutz erfaßt sind[3].

---

1) Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 34, 36 - 42; v.Gamm, FS/10 Jahre BPatG., S. 133 ff, 134, 139 f; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 422 ff; Schroeter, WRP 68, 125 ff, 126 - 128; Vierheilig, GRUR 77, 704 ff, II.
"Coffeinfrei" - BGH GRUR 63, 423 ff, 428;
"Halazon" - BGH GRUR 69, 190 ff, 192, III, 2.

2) Vgl. vorstehende FN.

3) Reimer-v.Gamm, a.a.O.; v.Gamm, a.a.O; Schroeter, a.a.O.

2. -- Die Parallele zu der Fallgruppe "Rufausnutzung durch Warenverwechslung" ist für die Annäherung an verkehrsbekannte Merkmale von Kennzeichen kaum denkbar[1], da eine Verwechslungsgefahr immer zugleich als Herkunftsverwechslung in Erscheinung tritt und damit ein Schutz nach den allgemeinen Grundsätzen wegen der Gefahr von Herkunftstäuschungen besteht[2].

3. - Fraglich ist, ob eine "Rufausbeutung durch Annäherung an eine fremde Kennzeichnung ohne Verwechslungsgefahr" wettbewerbswidrig ist.

Die Rufausbeutung würde dann dadurch erfolgen, daß der Kunde durch die Übereinstimmung der Zeichen die mit dem initiatorischen Zeichen verbundenen Gütevorstellungen auf das in wesentlichen Teilen angenäherte, jedoch nicht verwechselbare Zeichen überträgt.

Soweit dieser Gesichtspunkt in den Ausführungen der Rechtsprechung Berücksichtigung findet, handelte es sich entweder um klare Fälle einer Herkunftstäuschung[3] oder lediglich um den Fall, in dem nach der inzwischen aufgegebenen Ansicht des Bundesgerichtshofes die fehlende objektive Verwechslungsgefahr durch eine dahingehende Verwechslungsabsicht ersetzt werden sollte[4],

---

1) Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 43.; v.Gamm, FS/10 Jahre BPatG, S. 142 ff; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 493 ff.

2) Ebenso Schroeter, WRP 68, 125 ff, 128/9.

3) "Coffeinfrei" - BGH GRUR 63, 423 ff, 428; "Halazon" - BGH GRUR 69, 371, 377; "Vorrasur-Nachrasur" - BGH GRUR 59, 130 ff, 133.

4) "Centra" - BGH GRUR 66, 38 ff, 42;
zur "Ersetzung" fehlender obj. Tatumstände durch subjektive Merkmale, vgl. v.Gamm, Einf., WZG, Anm.81 ff; Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 6/7; Schroeter, WRP 68, 125 ff, 129/130; Vierheilig, GRUR 77, 704 ff, III.

so daß diese Ausführungen lediglich ein obiter dictum darstellen. In drei weiteren Entscheidungen wurde dieser Gesichtspunkt zwar herausgestellt, jedoch keine sachliche Entscheidung getroffen, sondern der Rechtsstreit zur Sachaufklärung zurückverwiesen, wobei nach Ansicht des Bundesgerichtshofs das Berufungsgericht den Gesichtspunkt der Gefahr einer Herkunftsverwechslung rechtsirrig verkannt hatte[1] oder zumindest für möglich gehalten wurde[2].

Der entscheidende Einwand gegen eine solche Rufausnutzung durch eine Annäherung an das fremde Kennzeichen, ohne daß es zu einer Verwechslung kommt, ist jedoch in der Sache selbst begründet:

Entweder ist die Übereinstimmung zwischen den Zeichen so stark, daß der Kunde die Zeichen verwechselt oder zwischen den Zeicheninhabern organisatorische Beziehungen vermutet (Verwechslungsgefahr i.w.S.) und er überträgt deshalb die Gütevorstellungen, oder die Ähnlichkeit ist nicht so stark, so daß die Zeichen auseinander gehalten werden; dann ist eine Übertragung von Kundenpräferenzen nicht denkbar[3].

---

1) "Roter Punkt" - BGH GRUR 65, 601.

2) "Konservenzeichen I" - BGH GRUR 66, 30 ff, 33; in "Konservenzeichen II" - BGH GRUR 71, 305 ff, 308 wird der Umstand einer Herkunftstäuschung bestätigt; "Maggi" - BGH GRUR 68, 371 ff, 377.

3) Ebenso Reimer, FS/Wendel, S. 98 ff, 110 - 112; Schroeter, WRP 68, 125 ff, 128/9; im Ergebnis ebenso: Vierheilig, GRUR 77, 704 ff, IV.

4. - Außerhalb des Verwechslungsbereichs hat der Bundesgerichtshof wegen der "Gefährdung wertvoller Kennzeichnungsmittel" in zwei Entscheidungen[1] die Übernahme fremder Kennzeichnungsmittel durch einen starken Mitbewerber untersagt, weil anderenfalls

> "die individualisierende Hinweiswirkung dieser Merkmale derart geschwächt (würde), daß künftig die Klägerin auch Dritte an einer Mitbenutzung kaum mehr hindern könnte, und zwar selbst dann nicht, wenn diese Dritte nach dem derzeitigen Stand aussichtsreich wegen unlauterer Anlehnung belangt werden könnten".2)

Abgesehen von der bedenklichen Differenzierung hinsichtlich der Marktstellung des Verletzers ist diese Ansicht abzulehnen, da sie im Widerspruch zu der klaren gesetzlichen Regelung steht, die den Schutzbereich der Kennzeichnungen auf den Bereich der Verwechslungsgefahr (§ 16 UWG, § 31 WZG) beschränkt[3].

Eine andere Beurteilung kann geboten sein, wenn über die Schwächung der Werbe- und Kennzeichnungswirkung oder über die Störung der Entwicklung fremder Kennzeichen hinaus besondere Umstände vorliegen. Eine solche wettbewerbswidrige Behinderung kann insbesondere darin gesehen werden, daß ein Mitbewerber sich

---

1) "Maggi" - BGH GRUR 68, 371 ff, 377;
"Blunazit" - BGH GRUR 68, 581 ff, 585 ff.

2) "Maggi", a.a.O.

3) Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 497;
Reimer, FS/Wendel, S. 98 ff, 112 f; v.Gamm, WZG, Einf., Anm. 81 f; Schroeter, WRP 68, 125 ff, 129;
Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 44;
im Ergebnis ebenso: Vierheilig, GRUR 77, 704 ff, V.

fortwährend an die Kennzeichen eines Konkurrenten anlehnt[1].

Da es auf eine Verwechslungsgefahr nicht ankommt, sondern entscheidend die "Vielzahl der Anlehnungsfälle" ist, liegt die Besonderheit dieser Fälle außerhalb des Verhältnisses des Wettbewerbsschutzes zum Kennzeichnungsrecht.

Zusammenfassung:

Eine getrennte Beurteilung eines ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutzes für Kennzeichen ist nicht erforderlich. Die möglichen Fallgestaltungen werden entweder schon durch die Fallgruppe der Herkunftstäuschung erfaßt (Ziffer. 1 - 3) oder stehen in Widerspruch zum gesetzlichen Schutzbereich, der auf die Verwechslungsgefahr beschränkt ist (Ziff. 4). Soweit die Wettbewerbswidrigkeit nur mit der Vielzahl der Anlehnungsfälle begründet werden kann, handelt es sich um einen Sonderfall der Behinderung (Ziff. 4).

---

1) "Ly-Federn" - BGH GRUR 38, 715 ff, 718;
"natürlich in revue" - BGH GRUR 61, 244 ff, 246;
"Lesering" - BGH GRUR 64, 82 ff, 85;
Reimer, FS/Wendel, S. 113/4; Reimer-v.Gamm, 29.K., Anm. 44; Schroeter, WRP 68, 125 ff, 129, Anm. 34; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Anm. 497;
derselbe Gesichtspunkt findet sich bei der Übernahme von Merkmalen der Ware, vgl. "Simili" - BGH GRUR 60, 244, 246;
"Nelkenstecklinge" - BGH GRUR 59, 240 ff, 243.

## 6. Zusammenfassung der Arbeit

Die Ausnutzung eines durch Herkunfts- und Gütevorstellungen begründeten Besitzstandes durch eine verwechslungsfähige Imitation nötigt nach Ansicht der Rechtsprechung und überwiegenden Literatur zu einem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutz über die Generalklausel des § 1 UWG, soweit dem Imitator zur Vermeidung der Verwechslungsgefahr ein Abstand zumutbar ist.
Angesichts der Nachahmungsfreiheit außerhalb des sondergesetzlich geschützten Bereichs ist ein solcher wettbewerbsrechtlicher Schutz auf die Notwendigkeit einer Ergänzung und die Unzulässigkeit einer Ersetzung sondergesetzlicher Schutzvoraussetzungen zu überprüfen.

Nach Ansicht der Rechtsprechung, der sich die überwiegende Literatur anschließt, stellt sich die Frage der unzulässigen Ersetzung sondergesetzlicher Schutzvoraussetzungen nicht, da mit dem wettbewerbsrechtlichen Schutz kein Leistungs- oder Kennzeichnungsschutz gewährt werde.
Die Notwendigkeit der Ergänzung liegt nach jener Ansicht im Falle der Ausnutzung des wettbewerblichen Besitzstandes vor, soweit dem Imitator eine abweichende Gestaltung zumutbar ist.

Die wettbewerbsrechtlichen Schutzvoraussetzungen der betrieblichen Herkunftstäuschung und Verwechslungsgefahr erfordern eine Überprüfung der Eigenständigkeit im Hinblick auf den Kennzeichnungsschutz.

Diese Gegenüberstellung kann sich nicht auf die einzelnen Schutzvoraussetzungen beschränken, sondern hat auch den Schutzgrund der wettbewerbsrechtlichen und kennzeichnungsrechtlichen Beurteilung einzubeziehen.

Bei den wettbewerbsrechtlichen Schutzvoraussetzungen verschleiern subjektive Momente - wie die inzwischen aufgegebene Voraussetzung einer Verwechslungs-a b s i c h t , aber auch der heute noch erhobene " V o r w u r f der Nichteinhaltung des zumutbaren Abstandes und damit des Verstosses gegen die wettbewerbliche Pflicht, Täuschungen auszuschließen" - den eigentlichen Schutzgrund des wettbewerbsrechtlichen Schutzes, nämlich die Sicherung der Funktionalität des Wettbewerbsprozesses.
Dieser Schutzgrund macht deutlich, daß der wettbewerbsrechtliche Schutz nicht um des wirtschaftlichen Wertes willen, den der Besitzstand für den jeweiligen Inhaber hat, noch um der Gefahr der Enttäuschung der Kunden willen gewährt wird. Entscheidend ist die Umleitung der unter dem Begriff des Besitzstandes zusammengefaßten wirtschaftlichen Werte durch die der Leistungsübernahme inmitte liegende Verwechslungsgefahr und damit Täuschung der Kunden; mithin ist entscheidend die "Fehlzuordnung kaufmotivierender Kundenvorstellungen mit umsatzverschiebender Wirkung" (Tetzner).

Bei der Frage der rechtlichen Fundierung, dem "Wesen", der Kennzeichnungsrechte zeigt eine Überprüfung der Immaterialgüterrechte, daß um die Auseinandersetzung

über den persönlichkeits- oder vermögensrechtlichen Gehalt die wettbewerbliche Funktion der Immaterialgüterrechte verdeckt wird:
Diese wettbewerbliche Funktion besteht in der Notwendigkeit, ein rechtliches Ordnungsgefüge zum Aufbau einer Absatzorganisation bereitzustellen, um damit den Kundenkontakt als Voraussetzung einer planvollen Absatzpolitik zu erleichtern, wenn nicht sogar ihn erst zu ermöglichen, so daß auch hier die Funktionalität des Wettbewerbsprozesses im Vordergrund steht.

Über den gemeinsamen Schutzgrund der Sicherung der Funktionalität des Wettbewerbsprozesses hinaus zeigt die Gegenüberstellung der Fallgruppe der Herkunftstäuschung und der Kennzeichnungsrechte auch eine Übereinstimmung in den Schutzvoraussetzungen:
In beiden Bereichen ist Schutzvoraussetzung eine durch Herkunftsvorstellungen geprägte W e t t b e w e r b s l a g e , die für den Mitbewerber als Kunden - good will einen wirtschaftlichen Wert erlangen kann. Die übereinstimmende V e r l e t z u n g s h a n d l u n g besteht in der verwechslungsfähigen Imitation der kennzeichnenden Merkmale und damit der Gefahr einer Fehlzuordnung dieser - kaufmotivierenden - Kundenvorstellungen, die unter dem Gesichtspunkt der Funktionalität des Wettbewerbsprozesses zu unterbinden ist.

Ein Überblick über die Rechtsprechung zu den Entscheidungen, in denen im Anschluß an die Ablehnung eines ausstattungsrechtlichen Schutzes ein wettbewerbsrechtlicher Schutz über die Generalklausel des § 1 UWG geprüft wurde, zeigt zwei Ablehnungsgründe:

1. - Nicht ausreichend feststellbare Verkehrsgeltung.

2. - Die die Herkunftsfunktion begründenden Merkmale bestimmen das Wesen der Ware.

Die Besonderheiten der Fallgestaltungen lassen die Annahme einer unzulässigen Ersetzung der quantitativen Voraussetzungen an die Höhe der Verkehrsgeltung nicht zu. Eine notwendige Ergänzung hinsichtlich der Schutzvoraussetzung der Verkehrsgeltung ist nicht ersichtlich.

Ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz für Merkmale, die das Wesen der Ware bestimmen und somit nach herrschender Meinung einem Ausstattungsschutz nicht zugänglich sind, erübrigt sich bei einer teleologischen Reduktion des Ausstattungsschutzes für den Fall, daß die Gewährung des Ausstattungsschutzes über die aus wettbewerblichen Gründen notwendige Monopolisierung der Kennzeichnung hinaus zu einer Monopolisierung der Ware selbst führen würde.
Der Unterschied zwischen der kennzeichnungsrechtlichen Beurteilung an Hand des Kriteriums "Wesen der Ware" und der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung an Hand des Kriteriums "Zumutbarkeit abweichender Gestaltung" besteht darin, daß bei § 25 WZG mit der Schutzversagung für wesensbestimmende Merkmale eine s c h e m a t i s c h e P r ü f u n g vorgenommen wird, ob wegen des absoluten Schutzumfanges die Gefahr einer Monopolisierung des gesamten Marktprodukts bewirkt würde, während über die wettbewerbsrechtliche Generalklausel mit dem Merkmal der "Zumutbarkeit abweichender Gestaltung" geprüft wird,

ob i m E i n z e l f a l l durch die Schutzgewährung eine Monopolisierung der Ware eintritt.
Die festgestellte Übereinstimmung zwischen der Fallgruppe der Herkunftstäuschung und des Ausstattungsschutzes hinsichtlich Schutzgrund und Schutzvoraussetzungen läßt zu, diese individuelle Beurteilung der Monopolisierungsgefahr auch auf den Ausstattungsschutz zu übertragen.
Damit erübrigt sich ein "ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz".

Die Grundsätze zur Bestimmung des Wesens der Ware haben weiterhin Bedeutung zur Eingrenzung des sachlichen Bereichs, für den die Monopolisierungsgefahr zu prüfen ist.

# L E B E N S L A U F

| | |
|---|---|
| 14.7.1948 | Geburt in Stuttgart<br>Eltern:<br>Oberingenieur Wilfried Weis<br>und Elisabeth Weis<br>Deutsche Staatsangehörigkeit |
| 1955 - 1959 | Grundschule in Stuttgart |
| 1959 - 1967 | Dillmann-Gymnasium in Stuttgart |
| 08.06.1967 | Abitur |
| 1967 - 1972 | Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen, ausgenommen das 4. Semester in Kiel<br>- Vertiefung auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts mit entsprechender Wahlfachgruppe im 1. Staatsexamen<br>- Seminar bei Prof.Raiser über Recht der Unternehmensverbindungen,<br>Referat: Vertragskonzern und faktischer Konzern |
| 09.11.1972 | 1. Staatsexamen |
| Jan.1973 - Juli 1975 | Rechtsreferendar am Landgericht Stuttgart<br>- Heirat am 27.09.1974<br>- Seminar bei den Vorsitzenden Richtern am OLG Stuttgart, Bender und Prof. Plaßmann, über Richterpersönlichkeit und Rechtsfindung,<br>Referat: Psychologie der Zeugenaussage |
| 18.07.1975 | 2. Staatsexamen |
| 28.11.1975 | Rechtsanwaltszulassung beim AG und LG Stuttgart |